

DE
L'ABSENCE DE CONSENTEMENT
DANS LES ACTES JURIDIQUES
RELATIFS A L'ÉTAT DES PERSONNES

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le 10 Décembre 1912, à 3 heures de l'après-midi

PAR

AUGUSTE MALINVAUD

Avocat à la Cour d'Appel de Limoges

Président : M. R. PIÉDELIEVRE.

Suffragants { MM. MASSIGLI.
BARTIN.

LIMOGES

—
IMPRIMERIE PIERRE DUMONT, 3, RUE DU CLOCHER

1912



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE L'ABSENCE DE CONSENTEMENT
DANS LES ACTES JURIDIQUES
RELATIFS A L'ÉTAT DES PERSONNES

LA FACULTÉ N'ENTEND DONNER AUCUNE APPROBATION NI IMPROBATION AUX
OPINIONS ÉMISES DANS LES THÈSES ; CES OPINIONS DOIVENT ÊTRE CONSIDÉRÉES
COMME PROPRES A LEURS AUTEURS.

DE
L'ABSENCE DE CONSENTEMENT

DANS LES ACTES JURIDIQUES
RELATIFS A L'ÉTAT DES PERSONNES

—X—

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le 10 Décembre 1912, à 3 heures de l'après-midi

PAR

AUGUSTE MALINVAUD

Avocat à la Cour d'Appel de Limoges

—X—



Président : M. R. PIÉDELIEVRE.

Suffragants { MM. MASSIGLI.
BARTIN.

LIMOGES

—
IMPRIMERIE PIERRE DUMONT, 3, RUE CLOCHER

—
1912

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

BIBLIOGRAPHIE

- Aubry et Rau.** — COURS DE DROIT CIVIL FRANÇAIS, 4^e et 5^e édition.
- Baudry-Lacantinerie.** — GRAND TRAITÉ DE DROIT CIVIL.
- Beudant (Ch.)** — NOTE SOUS CASS. 5 mai 1879. RECUEIL DE DALLOZ, 1880, 1-145.
- Beudant.** — COURS DE DROIT CIVIL FRANÇAIS, 1897.
- Bourgeon.** — DISTINCTION DE L'INEXISTENCE ET DE L'ANNULABILITÉ DES ACTES JURIDIQUES. Thèse Dijon, 1885.
- Bulletin de la Société d'Etudes législatives** (année 1911, n° 3).
— LA DISTINCTION ENTRE L'INEXISTENCE ET LA NULLITÉ DU MARIAGE. (R. SALEILLES).
- Capitant.** — INTRODUCTION A L'ÉTUDE DU DROIT CIVIL, 1898.
- Dalloz.** — JURISPRUDENCE GÉNÉRALE.
- Demolombe.** — COURS DE CODE NAPOLÉON, 1876-1884.
- Drogoul.** — ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE DES NULLITÉS. ETUDE DE DROIT CIVIL. Thèse Aix, Marseille, 1902.
- Duranton.** — COURS DE DROIT FRANÇAIS SUIVANT LE CODE CIVIL, 1844.
- Glasson.** — DU CONSENTEMENT DES ÉPOUX AU MARIAGE, 1866.
- Hartemann.** — ETUDE SUR LA DISTINCTION DES ACTES INEXISTANTS ET DES ACTES ANNULABLES. Thèse Nancy, 1889.
- Japiot.** — DES NULLITÉS EN MATIÈRE D'ACTES JURIDIQUES. Thèse Dijon, 1909.

Laurent. — PRINCIPE DE DROIT CIVIL FRANÇAIS, 1878.

Loché — LÉGISLATION CIVILE, COMMERCIALE ET CRIMINELLE DE LA FRANCE, 1827-1832.

Loyer. — LES ACTES INEXISTANTS. Thèse Rennes, 1908.

Marcadé. — EXPLICATION THÉORIQUE ET PRATIQUE DU CODE NAPOLÉON, 1855-1868.

Piédelièvre (Jacques). — DES EFFETS PRODUITS PAR LES ACTES NULS. Thèse Paris, 1911.

Pize. — ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE SUR LA DISTINCTION DE L'INEXISTENCE ET DE L'ANNULABILITÉ DES CONTRATS, Thèse Paris, 1898.

Planiol. — TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CIVIL, 2^e édition. 1901.

Saleilles. — DE LA DÉCLARATION DE VOLONTÉ.

Sirey. — RECUEIL.

Tissier. — NOTE SOUS CASSATION, 30 décembre 1902, S. 1903, 1-257.

Zachariæ. — LE DROIT FRANÇAIS. Traduction de Massé et Vergé. 1854.



PRÉFACE



(HISTORIQUE DE LA THÉORIE DES NULLITÉS)

L'on a coutume de présenter la théorie des nullités comme une théorie moderne qui, élaborée dans les dernières années qui ont suivi la promulgation du **Code civil**, s'est perfectionnée de jour en jour et tend, dans la doctrine moderne, à acquérir, sous l'aspect d'une règle simple et précise, sa forme définitive (1).

(1) Bibliographie. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE. *Des Personnes*, tome II, n^{os} 1680 à 1690. — BEUDANT, *Obligations*, 2^e Partie, chap. 3. — Ph. CAPITANT. *Introduction à l'étude du droit civil français*, 2^e édit., pages 280 et s. — DEMOLOBRE, *Cours de Code Napoléon*, tome III, chap. 4, sec. 1^{re}, page 356. — LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome II, n^{os} 274 et s. — PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e édit., tome 1^{er}, n^{os} 326 et s. — AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, 5^e édit., tome 1^{er}, § 37. — ZACHARIAE, *Le Droit Français*. Traduction Massé-Vergè, tome 1^{er}, pages 169 et s. — Egalement BEUDANT sous Cass. 5 mai 1879, D. 1880, 1-145. — TISSIER sous Cass., 30

C'est, en effet, au cours du xix^e siècle que les civilistes se sont efforcés de dégager de l'ensemble des règles de droit les principes fondamentaux qui, en droit français, doivent régir les nullités, et c'est sous le nom de **Théorie générale des nullités** que de nos jours ces auteurs essaient de réunir et d'étudier tous ces principes.

Auparavant aucune tentative de systématisation des nullités n'avait été entreprise : En droit romain, sauf les *Restitutiones in integrum*, qui formaient un petit système à part, les nullités n'avaient donné lieu à aucune organisation et se trouvaient au contraire régies par un grand nombre de règles les plus diverses. — Dans notre ancien droit, la distinction des actes nuls de plein droit et des actes annulables par sentence du juge existait ; l'on avait gardé le souvenir de la différence établie en droit romain entre les nullités du droit civil et les annulabilités du droit honoraire. L'apparition des *lettres de rescision* était venue préciser cette différence et les jurisconsultes de l'ancien droit avaient coutume de distinguer dans leurs ouvrages les deux sortes de nullités : d'une part, celles qui, disaient-ils, opéraient *ipso*

décembre 1902-S-1903-1-257 et les thèses de BOURGEON, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques* (Dijon 1885). — HARTEMANN, *Etude sur la distinction des actes inexis-tants et des actes annulables* (Nancy 1889). — PIZE, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabi-lité des contrats* (Lyon 1897). — JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques* (Dijon 1909). Première partie.

jure et n'avaient pas besoin d'être prononcées par le juge qui se contentait de les reconnaître lorsqu'une contestation s'élevait devant lui à leur sujet ; et, d'autre part, les nullités qui, au contraire, devaient être prononcées et étaient subordonnées à l'obtention de lettres de rescision. Mais si la doctrine de l'ancien droit était unanime pour reconnaître cette dualité des nullités, elle n'en fit jamais le point de départ d'un système général et n'en déduisit pas, comme l'a fait la doctrine du XIX^e siècle, en opposant l'inexistence à l'annulabilité, tout un ensemble de règles, de principes qui devaient contenir en eux-mêmes la solution des questions les plus diverses soulevées par les nullités. Si même quelques solutions de principes furent déduites de cette distinction, elles ne le furent qu'à propos de questions déterminées et en vue de cas spéciaux, et il n'est pas rare de voir les jurisconsultes d'alors accorder à une même nullité, soit opérant de plein droit, soit soumise à l'obtention de lettres de rescision, des conséquences différentes, suivant la question dont ils avaient à indiquer la solution (1).

Le **Code civil** ne devait pas innover. Dans plusieurs articles il admit la distinction des actes nuls et annulables. Même la nature de la nullité fut mieux préci-

(1) Sur cette question des nullités dans l'ancien droit, l'on peut consulter Japiot, *op. cit.*, 1^{re} Partie, chapitre II, voir notamment p. 107 la conclusion de ce chapitre, et p. 108, *note* 2.

sée ; les orateurs dégagèrent certaines idées restées obscures jusque-là et la rédaction fit apparaître des formules plus nettes ; mais, si l'organisation pratique fut améliorée d'une façon notable, l'organisation théorique fait totalement défaut. Les règles qui ont été posées n'ont trait presque toujours qu'à des solutions d'espèces ; si certains groupements s'accusent, il n'y a pas à proprement parler de système véritable. Aussi, c'est en vain que certains auteurs modernes ont voulu trouver dans la rédaction de plusieurs articles la consécration implicite d'un système général basé sur la dualité des nullités. Il est évident, et la plupart des auteurs pensent ainsi (1), que les rédacteurs du Code n'ont pas donné à cette dualité des nullités l'importance que la théorie classique lui reconnaît aujourd'hui ; et la meilleure preuve en est que, dans maints articles, la loi emploie indifféremment les expressions *Nul de droit* et *Annulable*, pour désigner des nullités ayant le même caractère.

C'est donc aux civilistes du XIX^e siècle que revient l'honneur d'avoir créé une théorie d'ensemble des nullités ; théorie qui apparaît large, précise et harmonieuse.

Dès les premières années qui suivent la promulgation du **Code**, la doctrine s'efforce de dégager des règles de

(1) Par exemple Beudant note au Dalloz, 1880, 1-145. BEUDANT, *Obligations*, p. 156. — DEMOLOMBRE, *op. cit.*, tome III, n^o 237. « Une théorie générale et complète des nullités !.. je n'hésite pas à dire qu'elle n'existe pas dans le Code Napoléon. » — JAPIOT, *op. cit.*, ch. III.

droit qui y sont contenues quelques principes qui permettent à l'interprète de se diriger dans la recherche des solutions des différentes questions que peuvent soulever les nullités. Mais ces premières règles, dégagées par des jurisconsultes comme Toullier et Solon (1), par exemple, ont encore un caractère de spécialité. Elles sont suffisamment accueillantes aux exceptions et leur ensemble n'est jamais présenté comme formant un système général des nullités.

C'est dans les œuvres de **Demolombe**, ou dans celles de **Marcadé** et celles de **Zachariæ** (2) que la **Théorie dite classique des nullités** fait son apparition, et c'est la mise en lumière par ces auteurs de l'idée d'inexistence qui lui permet de prendre son essor.

Le principe « *Il n'y a pas de nullité de mariage sans un texte qui la prononce expressément* », met l'interprète dans l'embarras en face du **chapitre IV au Titre du Mariage**. D'après la majorité de la doctrine, toutes les nullités de mariage admises par les rédacteurs du Code sont enfermées dans ce chapitre IV, et l'on doit rejeter

(1) JAPIOT, *op. cit.*, page 119 et note 2.

(2) JAPIOT, *id.*, p. 122 et note 1. — LAURENT, *op. cit.*, tome 2, p. 347, note 2. — Des auteurs ont toutefois prétendu que l'idée d'inexistence est très ancienne et était connue longtemps avant Zachariæ (Voir HARTEMANN, *op. cit.*). Cet auteur croit pouvoir retrouver des traces de la distinction des actes inexistantes et annulables jusqu'en droit romain. Cette opinion, très combattue, n'est généralement plus admise. (Voir également PIZE, *op. cit.*, chap. 1^{er}).

toute cause de nullité qui n'y est pas prévue et réglée. Or, aucun des articles formant ce chapitre ne vise l'un des trois cas de nullité suivant : le cas d'absence de consentement de la part des époux ou de l'un d'eux — celui d'union célébrée sans l'intervention d'un officier de l'état civil — celui, enfin, de défaut de différence de sexe entre les contractants. Doit-on traiter comme valable tout mariage atteint d'un de ces vices ? La raison s'y oppose, et c'est pour justifier l'inefficacité de tels mariages que les commentateurs trouvent le moyen qui consiste à dire qu'en l'absence d'un élément aussi essentiel que le consentement des époux, — la célébration devant un officier de l'état civil — la différence de sexe entre les contractants, il n'y a pas mariage du tout, qu'il n'y a donc pas besoin de texte pour attaquer ce prétendu mariage. On n'attaque pas ce qui n'existe pas.

C'est ainsi que l'idée d'inexistence se trouve formulée et précisée à propos du mariage. Et l'on dit désormais qu'il y a mariage inexistant lorsque manque un élément essentiel à sa formation, c'est-à-dire un élément en l'absence duquel l'esprit ne peut concevoir l'acte : son inexistence s'impose par la raison.

Une fois admise pour le mariage, cette idée de néant juridique est bien vite appliquée d'une façon générale à tous les actes juridiques. Désormais l'on distingue, d'une part, les actes nuls ou annulables qui réunissent tous les éléments nécessaires à leur existence, mais qui

sont frappés d'inefficacité comme contrevenant à un commandement ou à une défense de la loi, et, d'autre part, l'acte inexistant, pur fait qui s'impose par la force des choses et n'a pas besoin d'être reconnu par le **Code**.

Au début, la conception de l'inexistence se justifie donc par l'impossibilité dans laquelle se trouve l'esprit de reconnaître un acte juridique là où il n'y a rien ; et la doctrine développe cette conception pour l'utilité qu'elle présente et en vue d'imposer certains cas de nullité, en l'absence de textes qui les consacrent. Mais si telle est au début la raison d'être de l'inexistence, l'interprète va bientôt lui trouver une autre base : son premier effort, une fois l'idée d'inexistence mise en lumière, est de rechercher si cette conception n'était pas connue de l'ancien droit, et si les rédacteurs du Code civil, eux-mêmes, ne l'ont pas consacrée. Bientôt, il prétend que le **Code** l'admet implicitement et il montre qu'elle est dissimulée sous les textes. Il fait cette preuve, en premier lieu, pour tous les cas d'inexistence qui s'étaient imposés déjà par la seule force du bon sens ; ce qui s'était présenté, par exemple, pour les cas de défaut de consentement, — de défaut de causes — de défaut d'objet. Mais il ne s'en tient pas là, il montre l'inexistence imposée par le législateur dans des hypothèses où la raison ne se refuserait pas à reconnaître un acte juridique. Il s'appuie sur l'importance que la loi a donné à certaines de ses dispositions ; et il prouve que le **Code** a déclaré l'inexistence pour tout acte qui viole une règle

d'ordre public, ou qui ne remplit pas les conditions de forme ou de fond qu'il impose pour la formation même de l'acte, si abstraites et conventionnelles que ces conditions puissent paraître.

De ce que l'interprète trouve à l'idée d'inexistence une base légale, il s'ensuit les deux faits suivants :

En premier lieu, les cas d'inexistence deviennent plus nombreux ; à côté des inexisterances que l'on peut appeler rationnelles — ayant été imposées par la raison et sans le secours de textes — apparaissent les inexisterances légales, ainsi nommées parce qu'elles trouvent leur justification dans la loi. Ces deux inexisterances, d'ailleurs, il faut le remarquer, ont la même valeur juridique, et se confondent, ainsi que le prouve la définition que Aubry et Rau en donnent : « *L'acte, écrivent ces auteurs, qui ne réunit pas les éléments de fait que suppose sa nature ou son objet et en l'absence desquels il est logiquement impossible d'en concevoir l'existence, doit être considéré, non pas seulement comme nul, mais comme non avenu. Il en est de même de l'acte qui n'a pas été accompagné des conditions et des solennités indispensables à son existence, d'après la lettre ou l'esprit du Droit positif* » (1).

En second lieu, l'acte inexistant va s'opposer à l'acte annulable, tandis que la catégorie intermédiaire des actes dits « nuls » ou frappés « de nullité absolue » tend à disparaître absorbée par les inexisterances.

(1) AUBRY et RAU, 5^e édition, tome 1^{er}, § 37, page 180.

La reconnaissance de la part des auteurs d'une base légale pour l'inexistence et les conséquences qui s'ensuivent, s'expliquent théoriquement. Pour justifier et rendre très saisissante l'idée d'inexistence, les auteurs comparent l'acte juridique à un organisme vivant doué de certains organes nécessaires à sa formation. De même qu'il est évident, expliquent-ils, que l'être venant au monde sans posséder les organes indispensables à la vie n'a jamais vécu, est mort-né ; de même l'acte juridique ne renfermant pas lors de sa formation tous les éléments nécessaires à cette formation est lui aussi mort-né, c'est-à-dire inexistant. Pour connaître les cas d'inexistence, ils ont donc à chercher à quels éléments la loi a donné ce caractère d'essentiel. Cette recherche leur permet de constater que si l'existence de certains éléments se justifie rationnellement, un grand nombre sont imposés arbitrairement par la loi. Ce qui les amène à reconnaître une base légale à l'inexistence. Et comme, d'autre part, ces auteurs ont une tendance à reconnaître le caractère d'essentiel à un grand nombre des éléments de forme ou de fond que la loi enferme, dans les actes juridiques, le nombre des inexisterances s'accroît notablement ; et cet accroissement se produit au préjudice des nullités absolues ; car ce sont précisément dans les dispositions du Code où les auteurs anciens voyaient édictées comme sanction des nullités absolues que la doctrine classique y découvre des cas d'inexistence.

Une seconde raison théorique explique d'ailleurs la

fusion complète des nullités absolues avec les inexistentes. En concevant l'acte juridique comme un organisme, les auteurs furent naturellement conduits à constater que, si l'on envisage l'acte en lui-même, il peut, comme tout être vivant, se présenter au moment de sa naissance à la vie juridique sous trois aspects différents : soit constitué normalement, soit mort-né, soit viable mais atteint d'infirmités qui compromettent cette viabilité. Si l'on écarte le premier état, qui est celui de l'acte juridique remplissant toutes les conditions exigées par la loi, qui est pleinement valable et capable de produire tous ses effets, il reste deux états représentant le premier ; l'inexistence, le second : l'annulabilité. Toute nullité se trouve constituer l'un ou l'autre de ces deux états, suivant que la disposition dont elle est la sanction a été édictée pour la formation ou seulement pour la validité de l'acte. Entre ces deux états, il n'y a pas place pour un troisième ; l'on ne peut concevoir *l'acte organisme* n'existant juridiquement pas pour toute autre raison que par le fait qu'il n'est pas arrivé à sa formation ou parce qu'il est atteint d'un vice qui compromet son efficacité. En conséquence, toute nullité intermédiaire ne peut logiquement exister ; c'est ce qui explique que chez les auteurs modernes, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade par exemple, l'on ne rencontre plus trace de ces nullités absolues qui étaient nombreuses chez les précédents auteurs, chez Aubry et Rau notamment.

Ainsi, c'est par la force de la logique que les auteurs

ont été amenés à ne distinguer que deux sortes de nullités ; c'est encore au moyen de la logique et du raisonnement qu'ils vont donner à cette dualité des nullités une importance capitale et en faire la base sur laquelle doit reposer la solution de toute question soulevée par les nullités.

La conception de la nullité, *état de l'acte*, déduit elle-même de la conception de « *l'acte-organisme* », outre qu'elle ait pour première conséquence, comme nous venons de le voir, de réduire à deux catégories distinctes toutes les nullités, permet à l'interprète de constater que la nullité, formant deux états différents de l'acte « *inexistence* », « *annulabilité* », chaque état doit avoir ses conséquences propres, et que pour un même état les conséquences sont forcément toujours les mêmes. Il en conclut que, si l'on établit nettement et d'une façon définitive quelles conséquences chacun de ces deux états comporte relativement à chacune des questions qui peuvent être soulevées à leur sujet, lorsque l'on se trouvera ensuite en face d'une nullité, il suffira de déterminer la nature pour en connaître les effets. Et, lorsqu'il s'agit de découvrir les diverses conséquences de l'inexistence et de l'annulabilité, l'interprète voit sa tâche singulièrement facilitée par ce seul fait que toutes les questions soulevées par les nullités se résument dans les quatre propositions suivantes : — A qui appartient le droit d'invoquer la nullité ? — Est-il nécessaire, pour le faire, d'exercer une action en justice ? — Le bénéficiaire de

cette nullité peut-il y renoncer en confirmant l'acte ? — Son droit tombe-t-il par l'effet de la prescription ?

Il ne reste plus qu'à établir, relativement à ces quatre propositions, les conséquences de chacun des deux états de nullité. C'est ce que les auteurs font, et, rationnellement, leurs recherches les conduisent aux solutions suivantes :

L'inexistence étant un pur fait qui consiste dans l'état de l'acte qui n'est pas né à la vie juridique, il s'ensuit que cet état d'inexistence, ce néant juridique, peut être invoqué par tout intéressé sans qu'il soit besoin d'exercer une action en justice (1). Il ne peut, non plus,

(1) Lorsque les auteurs affirment que l'inexistence est un pur fait qui s'impose de lui-même et ne nécessite pas l'exercice d'une action en justice, ils ne veulent pas dire par là que le juge n'aura jamais à intervenir au sujet d'une inexistence. Ils reconnaissent, au contraire, que l'intervention du juge est nécessaire toutes les fois que la cause de l'inexistence est cachée, toutes les fois que l'acte a une apparence de validité et qu'une personne discute la certitude de la nullité. Dans ce cas les parties doivent aller devant le juge qui, s'il estime qu'il y a inexistence, devra le constater et renvoyer les parties dos à dos. Mais, si la doctrine classique reconnaît ainsi la nécessité pour le juge d'intervenir dès que les parties ne seront pas d'accord sur la présence dans l'acte d'une cause de nullité, elle fait bien remarquer que l'inexistence ne résultera pas du jugement qui interviendra. L'action qui aura permis aux parties de porter le différent devant le juge ne sera pas une action en nullité mais l'action qui serait née de l'acte juridique s'il avait été valable. BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.* n^o 1684.

être question de confirmation, car le néant ne peut être confirmé. Et, enfin, la prescription ne peut rendre l'acte existant et valable, puisqu'aucune base sur laquelle elle puisse s'appuyer ne s'offre à elle, et qu'elle est impuissante à faire naître de rien quelque chose.

L'annulabilité, au contraire, étant l'état de l'acte qui est arrivé à formation, qui vit, mais ne renferme pas les conditions de validité que la loi exige en vue de protéger certaines personnes, ou pour assurer la bonne foi entre les parties, ses conséquences sont logiquement les suivantes : la disposition légale à laquelle l'acte contrevient étant édictée dans le but de sauvegarder les intérêts d'une personne, seule, cette dernière a le droit d'invoquer la nullité. L'acte existant, une action en justice est nécessaire pour anéantir rétroactivement ses effets et lui empêcher d'en produire d'autres dans l'avenir. Le titulaire du droit de nullité peut, en confirmant l'acte, le guérir de son infirmité et lui permettre de produire désormais, et d'une façon irrévocable, tous ses effets. Enfin la prescription trouve une base suffisante pour s'accomplir.

Arrivée à ce point de son développement, la **Théorie des nullités** peut donc se résumer ainsi :

Les nullités se divisent en deux catégories distinctes et nettement délimitées : **Inexistence** et **Annulabilité**. Chaque catégorie produit ses conséquences propres et les conséquences sont toujours les mêmes pour toutes les nullités d'une même catégorie.

Toute inexistance, état de l'acte qui n'est pas arrivé à formation, est absolue et d'ordre public. Toute personne peut l'invoquer. Une action en justice n'est pas nécessaire pour la faire déclarer, et le juge doit la reconnaître d'office lorsqu'il la rencontre. La confirmation et la prescription ne sont pas possibles.

Toute annulabilité, nullité qui frappe l'acte qui a été formé et le rend juridiquement inefficace comme ayant contrevenu à une disposition légale édictée en vue de sa validité, est relative et d'ordre privé. Seule la personne protégée par la loi peut s'en prévaloir, et cela au moyen d'une action dite « *Action en nullité* », qui permet de faire déclarer par le juge l'acte inefficace. Cette action se prescrit par dix ans ou un laps de temps plus court. La confirmation peut avoir lieu.

Et c'est bien ainsi que la théorie des nullités est présentée dans la doctrine la plus récente (1).

En résumé, la doctrine est arrivée, en prétendant s'appuyer sur la tradition, les textes du Code et la raison, à créer par l'enchaînement des déductions logiques une théorie des nullités nette, simple et précise dont les prin-

(1) HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, tome 2, n^{os} 1684 et s. (Voir également CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1^{re} édition). — BEUDANT, *Obligation*, 2^e partie, chapitre 3^e. Ce dernier auteur voit une cinquième différence entre l'inexistence et l'annulabilité (page 168) ; il fait remarquer que « *s'il y a eu, en fait, exécution d'une convention nulle, la partie qui a exécuté peut, sauf prescription acquise contre elle, agir en répétition de l'indu, exercer la*

cipes immuables et rigides s'élèvent au-dessus de la loi positive pour la diriger.

Rationnellement, une fois dégagée, une telle théorie semblait devoir s'imposer sans conteste et être acceptée d'une façon unanime. Pourtant, elle n'est pas sans avoir

« *condictio indebiti* », tandis qu'aux termes de l'article 1338, alinéa 2, l'exécution volontaire d'une convention simplement annulable vaut confirmation tacite.

Nous venons d'indiquer que le système bipartite des nullités était le système classique. C'est, en effet, celui qui a le plus de partisans et qui semble le plus théorique ; mais à côté de ce premier système s'en trouve un second d'après lequel les nullités devraient se diviser en inexistences, nullité de droit, annulabilité. (Voir, à ce propos, CAPITANT, *op. cit.*, 2^e édition, pages 286 et s.) PLANIOL, *op. cit.*, 5^e édit., tome 1^{er}, n^{os} 326 à 350, également HARTEMANN, *op. cit.*, qui semble indiquer qu'il y a des annulabilités absolues et des annulabilités relatives, notamment n^o 307, pag. 322). D'après M. Planiol, les inexistences comprendraient ce que nous avons appelé les inexistences rationnelles, auxquelles on devrait ajouter quelques-unes des nullités dénommées *inexistences légales*, celles résultant du défaut de forme dans les actes solennels. Viendraient ensuite les nullités de plein droit, ces nullités représenteraient le droit commun ; leur caractéristique, c'est qu'elles seraient immédiates et résulteraient, non d'une sentence judiciaire, mais de la loi même. L'acte qui en serait atteint serait un acte arrivé à formation, mais dont le Code ne reconnaîtrait pas l'existence. Par là même une telle nullité ne pourrait se confondre ni se rapprocher des actes inexistants. Enfin, le troisième terme de la distinction comprendrait les annulabilités. En somme, M. Planiol voit deux nullités bien distinctes : Inexistence, nullité de droit, là où la plupart ne décrouvrent que des inexistences. L'opposition entre ces deux doctrines apparaît, au reste, purement théorique.

donné lieu à de nombreuses critiques qui l'ont sérieusement ébranlée, et cela précisément au moment où elle acquérait cette forme simple et rigide sous laquelle elle se présente en définitive. C'est alors qu'elle prenait rang parmi le petit nombre des données fondamentales devant figurer dans une théorie générale des actes juridiques que certains auteurs en ont contesté le bien-fondé. Depuis, les critiques n'ont cessé de se multiplier et de se préciser. Aujourd'hui, certains des adversaires de cette théorie classique s'efforcent d'en montrer la fausseté et tentent de lui substituer un régime établi sur d'autres bases et qui tendrait à ce résultat : revenir, en partie, à l'ancienne conception plus souple des nullités, tout en dégageant, mieux que ne l'a fait l'ancien droit, les multiples principes qui doivent régir et grouper les nullités.

La raison de cette réaction contre le système classique s'explique par le caractère trop théorique et rigide de ce système, et aussi par les tendances nouvelles de la science juridique moderne qui, s'éloignant des conceptions abstraites, fait une plus large part à l'observation des faits et étudie les institutions juridiques dans les conséquences pratiques qu'elles comportent.

Les principales critiques qui ont été formulées contre la théorie classique sont les suivantes. Son unité et sa netteté ne seraient pas aussi marquées qu'elles le paraissent. Ses règles trop rigides et abstraites seraient contraires à la réalité si complexe des faits. La part de

la logique y serait excessive ; tandis qu'on n'y tiendrait pas suffisamment compte des besoins de la vie pratique ; ce qui aboutirait à des constructions trop théoriques et inexactes, comme celles de la nullité « *état de l'acte* ». Enfin la tendance des partisans de cette théorie à tout expliquer au moyen des textes, comme si le législateur avait pu tout prévoir, serait excessive.

Et ce sont les défenseurs de la théorie classique, eux-mêmes, qui ont fourni matière aux premières critiques. Ces auteurs, en effet, qui pourtant avaient prouvé que la conception qu'ils avaient des nullités était celle du **Code**, se trouvaient, souvent, en face d'articles dont ils ne pouvaient concilier les dispositions avec les principes qu'ils avaient admis. Ils furent obligés de considérer ces textes, au surplus assez nombreux, comme autant d'exceptions. L'unité de la théorie en fut compromise d'autant.

D'autre part, bien qu'il soit logiquement exact que, l'acte inexistant étant un pur fait, une action en justice n'est pas nécessaire pour que l'inexistence soit reconnue ; en fait, l'interprète se trouvait souvent en face d'actes qui, bien qu'inexistants, avaient toutes les apparences de l'acte valable ; et il était bien difficile de refuser tout crédit à cette apparence et d'appliquer sans restriction les conséquences de l'inexistence.

En même temps, les auteurs n'étaient pas toujours d'accord sur le choix de la catégorie dans laquelle devaient entrer certains cas de nullité. Les uns voyaient des annulabilités là où d'autres, ayant une tendance à développer l'idée d'inexistence, affirmaient qu'il y avait

inexistence. Il en résultait une incertitude qui avait son importance, en raison des conséquences capitales que possède, dans la théorie classique, la détermination de la catégorie où doit figurer la nullité.

Ces premières contradictions qui existaient dans la théorie classique servirent à ses adversaires. La jurisprudence offrit un autre appui à leurs critiques. Elle n'a jamais accepté la manière de voir de la doctrine ; ne se laissant diriger par aucun système bien précis, elle s'est toujours prononcée suivant les espèces et d'après les circonstances dans lesquelles elles se présentaient. La Cour de Cassation s'est refusée pendant longtemps, n'y découvrant aucune utilité pratique, à accepter l'idée d'inexistence et, lorsqu'elle l'a admise, elle ne l'a fait que d'une façon très restreinte, et à propos d'une hypothèse qui n'avait pas été prévue par la doctrine (1).

En présence de ces faits, certains auteurs doutèrent de l'exactitude de la théorie classique. Ils commencèrent par la discuter dans ses applications et finirent par contester le bien-fondé de ses principes.

En 1903, à la suite de l'arrêt de la Cour de Cassation du 30 décembre 1902 qui fait pénétrer dans la Jurisprudence l'idée d'inexistence, Monsieur le professeur Tissier, dans une note du *Sirey*, après avoir indiqué le développement qui a été donné à l'inexistence depuis la

(1) Cass., 30 décembre 1902, S. 1903, 1-257, et la note de M. Tissier.

promulgation du Code, montre ce qu'il y a d'exagéré et de contraire à la réalité de multiplier, comme le fait la doctrine classique, les cas d'inexistence. Il pense que l'on doit adopter une théorie réduite de l'inexistence fondée sur la nature des choses, en limitant de la façon la plus rigoureuse les cas d'application et les conséquences de cette idée.

Il était déjà apparu à quelques auteurs qu'un certain respect était dû aux apparences de validité que peut avoir un acte nul, si ces apparences sont suffisantes pour donner une croyance sérieuse de la validité de l'acte et lui permettre de produire des effets. M. le professeur Thaller, par exemple, a soutenu cette manière de voir. Il trouve qu'il est excessif et pernicieux que tout acte nul soit supprimé en entier avec tous ses effets directs et indirects. C'est à propos des sociétés de commerce, où les nullités de forme sont nombreuses, qu'il démontre combien il est contraire à l'intérêt général et au crédit de supprimer tous les effets, même les plus lointains, qu'a pu produire une société qui, théoriquement nulle, a, en fait, fonctionné quelque temps. Pour lui, le laps de temps pendant lequel existe en fait un contrat successif non seulement donne à l'acte une valeur de fait, mais crée des situations dignes de protection juridique (1).

(1) Voir sur ce point JAPIOT, *op. cit.*, chapitre IV^e, paragraphe II^e, pages 137 et s. Egalement pour ce qui est de la thèse défendue par M. Thaller. D. 1906, 1-169, et Japiot, page 691, note 1.

Ce ne sont pas là les seuls faits qui caractérisent cet abandon partiel des principes de l'inexistence par la doctrine moderne. Ainsi : peu à peu, tous les auteurs qui s'éloignent des constructions abstraites et se basent, pour solutionner les nullités, sur l'observation des faits, constatent qu'en réalité l'inexistence n'a pas le caractère absolu que lui reconnaît la doctrine classique. Certains veulent même substituer à cette inexistence, qui ne peut être que relative, la nullité absolue plus souple, plus conciliante, et c'est cette nullité absolue qu'ils opposent à l'annulabilité dans le système bipartite qu'ils préconisent.

Le même désir de mieux concilier les nullités aux exigences de la pratique conduit encore les auteurs à abandonner le système admis par la doctrine classique pour solutionner les questions relatives à l'action en justice, à l'étendue du droit quant aux personnes, à la confirmation, à la prescription. Ils ne se fondent plus, pour arriver à ces solutions entre lesquelles ils refusent de voir un lien de solidarité, sur la distinction des inexisterances et des annulabilités qui ne leur semble pas faite nettement dans le **Code**. Ils fondent la nécessité de l'action en justice sur l'idée d'apparence à détruire. Ils contestent que la prescription soit une confirmation tacite, et la confirmation apparaît à quelques-uns comme une renonciation à un droit plutôt que la continuation de la vie idéale de l'acte.

Enfin, à mesure qu'ils abandonnent les constructions

purement théoriques, tous les interprètes éprouvent le besoin de multiplier les catégories des nullités pour les rendre moins distantes de l'extrême diversité des hypothèses.

Le mouvement de réaction contre la théorie classique des nullités ne s'est pas arrêté là. Il a conduit certains auteurs de thèses toutes récentes à refuser toute valeur à cette théorie et à lui opposer, en définitive, un système tout différent. M. Drogoul, notamment, conseille la suppression de toute catégorie rigide. Il défend l'unité de la notion de nullité, et substitue aux règles anciennes, comme principe unique de solution, la considération du *but* de la nullité. Pour lui, « *Il n'y a plus ni nullité absolue, ni nullité relative, ni inexistance, il y a des nullités ; chacune d'elles voit ses effets restreints au but que la loi a poursuivi en prescrivant la condition qu'elle sanctionne :... la notion de but... permet d'expliquer qu'à un principe unique correspondent des organisations infiniment différentes, des conséquences infiniment nuancées qui ne se prêtent à aucun groupement systématique* » (1). Enfin, il soutient le principe de la relativité de la notion d'inexistence ; en d'autres termes, il démontre qu'un acte n'est jamais anéanti que sous certains rapports plus ou moins étendus, et que les prétendues inexistentes, aussi bien que les nullités relati-

(1) DROGOU. *Essai d'une théorie générale des nullités*, thèse. (Aix 1902), page 209.

ves, sont susceptibles de produire des effets, parfois même définitifs (1).

Un autre auteur, M. Loyer, reprenant en partie les idées de M. Drogoul, mais restreignant son étude à l'inexistence et faisant œuvre purement destructive, tâche de prouver que l'idée d'inexistence est fausse et inutile et que le **Code** ne l'a nullement consacrée.

Les critiques de ces derniers auteurs ont paru exagérées, et un retour en arrière s'est opéré. Tout en formulant de graves critiques contre la théorie classique, certains ne lui refusent pas toute valeur. M. Japiot, dans un travail très savant, combattant la conception de l'*acte-organisme* et celle de la nullité *état de l'acte*, montre à quelles règles abstraites et absolues, à quel système rigide, l'abus de la logique et des conceptions *a priori* a conduit l'interprète. Après avoir indiqué l'évolution suivie par les nullités, évolution qu'il compare à celle par laquelle sont, longtemps auparavant, passés

(1) DROGOUL, *id.* pages 181 et s. A cette relativité de la notion de néant juridique, M. Drogoul trouve trois degrés : 1^{er} degré, aucune disposition légale ne peut supprimer l'existence matérielle d'un fait, même en dépouillant ce fait des conséquences juridiques que son auteur avait eu principalement en vue. — 2^e degré, la volonté unilatérale. Une volonté ayant, à cause de circonstances diverses, manqué son but principal, peut atteindre cependant d'autres buts accessoires et se raccrocher ainsi à la vie juridique qu'elle avait paru perdre. — 3^e degré, la **Culpa in contrahendo**. Cette idée se trouve déjà contenue dans SALEILLES, *De la Déclaration de volonté*, page 347.

les contrats, il prétend que les nullités doivent échapper maintenant au formalisme dans lequel les enferme la théorie classique. Il propose donc un système compatible avec l'état actuel des textes et fondé sur des bases différentes de celles qu'avait choisies la théorie classique. En premier lieu, il démontre la possibilité et l'opportunité d'un système nouveau, le législateur n'ayant, d'après lui, imposé aucun système tout fait, et la théorie classique ne lui paraissant plus s'adapter au besoin du crédit et de la pratique des affaires. Puis il entreprend de construire une théorie des nullités plus souple, plus nuancée, qui, sans refuser tout rôle à la logique, doit être respectueuse de la réalité. La nullité est, pour lui, une sanction « *Qui doit s'adapter au but de la règle dont elle tend à assurer l'observation et au milieu où, pratiquement, elle intervient* ». Elle se traduit par un droit de critique accordé aux individus pour leur permettre d'attaquer et de méconnaître les effets de l'acte contrevenant à la disposition dont elle est la sanction.

Ces idées nouvelles, les conceptions juridiques qui en sont la suite, semblent devoir s'implanter fortement dans la doctrine qui voudrait profiter de ce que la question de la refonte du **Code civil** est à l'ordre du jour, pour tâcher de leur faire acquérir le caractère de règles légales.

C'est ainsi que **la première sous-Commission de la Commission de révision du Code civil** a déjà, en ce qui concerne le mariage, voté comme devant remplacer certains

articles de notre Code, des textes admettant implicitement ces nouveaux principes (1).

En résumé, la théorie classique des nullités n'est plus admise par l'unanimité de la doctrine moderne. Une partie importante de cette doctrine, abandonnant les procédés de solution des systèmes classiques, se refuse à résoudre en bloc et à l'aide de la distinction fondamentale de l'inexistence et de l'annulabilité toutes les questions qui peuvent se présenter au sujet des nullités. Elle s'efforce, au contraire, de résoudre séparément ces questions. Repoussant toute conception *a priori*, elle prend pour point de départ de ses recherches une large observation des faits ; et, loin de nier la nécessité des principes, elle voudrait opposer aux règles rigides et abstraites de la théorie classique des principes plus souples, plus nuancés, plus nombreux ; ce qui lui permettrait de multiplier les catégories, de donner, simultanément, plusieurs classifications des nullités, et ainsi d'adapter plus intimement ces nullités aux besoins de la vie pratique.

C'est en nous inspirant des idées des partisans de cette nouvelle doctrine que, suivant les conseils que nous avait donnés M. le Professeur Saleilles, nous

(1) *Bulletin de la Société d'études législatives*, année 1911, n° 3. *La distinction entre l'inexistence et la nullité du mariage*. Rapport présenté à la première sous-Commission de la Commission de revision du Code civil, par M. R. Saleilles.

entreprenons l'étude d'un cas de nullité : **De l'absence de consentement**, en le restreignant toutefois **aux actes juridiques relatifs à l'état des personnes**. Ce cas, la doctrine classique l'a toujours et d'une façon unanime (1) considéré comme un cas d'inexistence. Il nous suffira donc d'indiquer et de préciser cette doctrine, pour nous attacher ensuite à déterminer à quelles solutions de principe doit nous conduire notre méthode de travail, ce qui nous permettra en définitive de voir en quoi ces solutions, si on les admettait, différeraient de celles de la théorie classique.

(1) Voir toutefois M. Beudant, *Des personnes*, tome 1^{er}, pages 387 et suivantes, qui n'admet pas qu'il y ait de mariage inexistant pour défaut de consentement, lorsqu'il y a eu célébration devant l'officier de l'état civil. Nous aurons à étudier l'opinion de cet auteur.



INTRODUCTION

L'article 146 du **Code civil**, au **Titre du Mariage**, s'exprime ainsi : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ».

La doctrine partisane de la théorie classique des nullités considère cet article comme édictant l'inexistence du mariage au cas de défaut total de volonté de la part des époux ou de l'un d'eux. En conséquence, elle fait produire au mariage privé d'un tel consentement tous les effets qu'elle reconnaît comme propres à l'inexistence (nullité invocable par tout intéressé, sans le secours d'une action en justice, imprescriptible, irréfiable). Elle se trouve ainsi amenée à opposer l'article 146 à l'article 180, qui prévoit les cas d'erreur ou de violence du consentement et édicte une nullité relative.

En un mot, cette doctrine fait une distinction capitale entre les hypothèses où le consentement des époux est absent et les cas où ce consentement existe, mais a été vicié par l'erreur ou la violence. Aux premières elle applique les règles particulières aux inexisterces, tandis

qu'elle constate que le Code traite les secondes comme des cas d'annulabilités et leur fait produire toutes les conséquences de cet état.

Toute autre est la façon dont la jurisprudence envisage les choses et interprète les articles 146 et 180. Pour elle, l'article 146 ne fait qu'énoncer un principe dont la sanction se trouverait dans les articles 180 et 181 qu'elle considère comme ayant une portée très large et comme visant, non seulement les hypothèses de vices du consentement des époux, mais encore celle d'absence totale de ce même consentement. En conséquence, elle prétend qu'il faut se référer aux dispositions de ces articles pour déterminer les personnes pouvant invoquer ce défaut de volonté, de même que pour savoir si une action en justice est nécessaire, une ratification possible, une prescription applicable.

En résumé, pour la jurisprudence, les cas d'absence de consentement doivent être assimilés au cas de vices du consentement, et, par conséquent, leur sanction est la nullité relative.

Sans qu'une doctrine bien définie ait été tirée de cette jurisprudence, l'on peut considérer que quelques-unes des idées qu'elle contient ont été acceptées par de nombreux auteurs ; même certains dont nous avons parlé dans notre préface se sont nettement décidés à voir, d'une façon générale, dans l'absence de consentement, un cas de nullité relative ou, ce qui est peut-être plus exact, font produire au défaut de volonté toutes les conséquences

que la théorie classique reconnaît comme propres aux annulabilités.

Enfin, c'est une nullité ayant tous les caractères des annulabilités que les partisans de la refonte du **Code civil** voudraient voir produire à l'absence de consentement. LA SOUS COMMISSION DE LA COMMISSION DE RÉVISION DU CODE CIVIL a, en effet, accepté, tout récemment, un texte qui édicte une nullité relative comme conséquence de l'absence de consentement des époux dans le mariage.

En définitive, nous nous trouvons, en ce qui concerne le mariage, et au sujet de la nullité produite par l'absence de consentement des époux, en présence de deux opinions nettement opposées : l'une représentée par toute la doctrine classique, voit dans ce cas de nullité une inexistence ; l'autre, qui a pour elle la jurisprudence et la doctrine la plus récente, fait produire à cette nullité des conséquences qui sont celles de l'annulabilité.

En présence de ces divergences de vues, nous nous proposons de rechercher de ces deux opinions quelle est celle qui est la plus conforme à la pratique, la plus respectueuse des réalités ; quelle est celle qui concilie le mieux les différents intérêts en conflit.

Nos recherches vont donc, dans une première partie, porter exclusivement sur la matière du Mariage. Ce n'est qu'une fois que nous aurons opté pour une solution et que nous aurons indiqué les raisons de notre préférence, que nous étudierons la question de savoir si la solution

adoptée pour le mariage peut être appliquée indistinctement à tous les actes juridiques relatifs à l'état des personnes : « *Adoption, reconnaissance d'enfant naturel, naturalisation, émancipation.* »

Ainsi une **Première Partie** sera consacrée à l'étude des effets de l'absence de consentement des époux dans le mariage.

Dans un **PREMIER CHAPITRE**, nous aurons à exposer, d'abord, les raisons que la doctrine invoque pour prétendre que l'absence de consentement rend le mariage inexistant, à indiquer ensuite les motifs qu'a eu la jurisprudence à se décider en sens contraire.

Dans un **SECOND CHAPITRE**, nous rechercherons, étant donnés les textes actuels du **Code civil** et les principes qu'ils contiennent, à quelle solution pratique doivent conduire, si l'on écarte tout système défini, une large observation des faits et le désir d'adapter le plus parfaitement possible la nullité à son but. Cette recherche nous amènera tout naturellement à faire une étude critique de la doctrine et de la jurisprudence.

Lorsque nous aurons achevé cette première tâche, notre **Seconde Partie** sera consacrée à l'étude de tous les actes relatifs à l'état des personnes, et nous essayerons alors de découvrir s'il n'y aurait pas les mêmes raisons à appliquer à ces actes la solution que nous aurons admise pour le mariage.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

I. Rôle du consentement dans le mariage.—

II. Effet de l'absence de consentement. a) La théorie classique. — b) Les décisions de la Jurisprudence.

§ 1^{er}. *Rôle du consentement des époux dans le mariage*

Etant un contrat, le mariage exige pour sa formation l'échange réciproque des volontés des futurs époux ; et, en raison du caractère intime et personnel de l'union conjugale, en raison de l'importance et de la durée des effets de cette union, le consentement doit être obligatoirement donné par les époux. Aucune volonté étrangère ne peut se substituer à la leur. Même s'ils sont légalement incapables de faire les actes de la vie civile, c'est d'eux, en personne, que le consentement doit émaner, sauf à les

entourer, sous des formes particulières, de la protection qui leur est due en la circonstance (1).

Le consentement est donc un élément essentiel à la formation du mariage. Mais sa présence, si elle est obligatoire, n'est pas suffisante à créer cette union. L'autonomie de la volonté n'est pas reconnue en cette matière par le **Code**, comme elle l'est d'une façon générale pour les autres actes juridiques. Le mariage est un contrat solennel. Pour exister, il doit être accompli suivant certaines formalités édictées par la loi. Cette solennité du mariage, qui, si elle n'a pas toujours existé, devait être connue des premiers Romains (2) et qui en tout cas remonte à l'ancien droit et a été de nouveau imposée par la Constitution de 1791, consiste, depuis la loi des 20 et 25 septembre 1792, dans la célébration du mariage par un officier de l'état civil. Sous l'empire du **Code**, le consentement des époux n'est efficace que si un officier de l'état civil l'a reçu et enregistré ; et le mariage n'est formé qui si ce magistrat a prononcé l'union entre les époux présents et en a dressé acte.

Incapable de créer à lui seul l'état de mariage, le consentement n'en tient pas moins le principal rôle dans la formation de l'union conjugale ; et rationnellement sa présence s'impose plus fortement que celle des éléments

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des personnes*, Tome II, n° 1441. — DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, 4^e édition, tome III, n° 19 et s.

(2) PLANIOL, *Précis de Droit civil*, 5^e édit., tome 1^{er}, n° 835 et s.

de solennité exigés par la loi. Si, en effet, il est possible de concevoir qu'un mariage puisse exister par le seul consentement des époux, ce qui, d'ailleurs, eut lieu à Rome, quand apparut le mariage sans manus, et même dès que la manus put s'acquérir par l'usus et ce qui subsista dans notre ancien droit jusqu'à l'ordonnance de Blois (1579) et même en un certain sens jusqu'à l'édit de 1697 (1), il est impossible, au contraire, d'admettre que deux personnes soient liées l'une à l'autre par un mariage auquel elles n'auraient pas donné leur adhésion ; et cela quand bien même toutes les solennités exigées par la loi auraient été scrupuleusement accomplies.

En résumé, le consentement est la condition la plus essentielle à la formation de l'union conjugale ; la raison, aussi impérieusement que la loi, exige sa présence, et en son absence le mariage ne peut se concevoir (2).

C'est cette idée que la doctrine classique a précisée et développée jusqu'en ses dernières conséquences. C'est par elle qu'elle est arrivée à refuser toute valeur, tous effets même les plus lointains, au mariage privé du consentement des époux.

Nous allons donc exposer comment, après avoir admis l'idée d'inexistence du mariage au cas d'absence de volonté de époux et opposé cette inexistence à l'annulabilité résultant des vices de ce même consentement, cette doctrine est arrivée aux solutions qu'elle préconise.

(1) HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, n^{os} 1349 et s., n^{os} 1360 et s.

(2) HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.* n^o 1442. — AUBRY et RAU, 4^e édit., tome V., § 450-451 et 451 *bis*.

§ 2. — *Effets de l'absence de consentement des époux* A) *La théorie classique* ⁽¹⁾

Rappelons ce que nous indiquions dans notre préface :

La doctrine se sert d'abord de l'idée d'inexistence pour tourner la difficulté que fait naître l'application du principe. « *Il n'y a pas de nullité de mariage sans un texte qui la prononce expressément* » (2). Le **Chapitre IV au Titre du Mariage**, qui, d'après l'opinion générale, renferme tous les cas de nullités de l'union conjugale, ne contient aucune disposition concernant le cas d'absence de consentement des époux, celui d'union célébrée sans l'intervention d'un officier de l'état civil, celui enfin de défaut de différence de sexe entre les contractants. Logiquement, l'on ne peut considérer comme valable tout mariage manquant d'un de ces éléments. Pour sortir d'embarras et sans enfreindre le vœu de la loi, priver de telles unions d'effets civils,

(1) HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.* n^{os} 1680 et s. — DEMO-LOMBE, *op. cit.*, t. III, n^o 240. — LAURENT, *Principes du Droit civil français*, 2^e éd., n^{os} 277 à 281. — GLASSON : *Du consentement des époux au mariage*. Voir également PIZE, *op. cit.*, chap. V, et la note de M. PONCET au Dalloz 1888, 1-161.

(2) PLANIOL, *op. cit.*, 5^e éd., tome 1^{er}, n^o 347. — CAPITANT, *op. cit.*, 2^e édit, page 285. ZACHARIAE, traduction Massé et Verge (édit. 1854), pages 165 et 166, note 3. — LOYER, *Les actes inexistantes*, thèse (Rennes 1908), pages 20 et s. — TISSIER, sous Cass., Sirey 1903, 1-257.

la doctrine trouve alors le moyen qui consiste à dire qu'en l'absence d'un élément tel que le consentement des époux, la célébration du mariage devant un officier de l'état civil, la différence de sexe entre les contractants, il n'y a pas seulement mariage nul, il n'y a pas mariage du tout ; qu'il n'y a donc pas besoin d'un texte pour attaquer ce prétendu mariage ; qu'on n'attaque pas ce qui n'existe pas.

Ainsi, c'est par nécessité, c'est afin d'arriver, malgré le principe restrictif applicable aux nullités de mariage, à rendre inefficaces certaines unions non prévues au chapitre IV du mariage, que la doctrine émet cette conception élégante de l'*acte-organisme* qui, n'étant pas arrivé à formation, est de lui-même inopérant sans que la loi ait à intervenir, mais simplement par la force des choses.

Une fois cette idée d'inexistence mise en valeur, les auteurs la précisent et la justifient. Ils lui ont trouvé son fondement dans ce fait que rationnellement le mariage ne peut se concevoir si l'un des éléments essentiels à sa formation vient à faire défaut. L'inexistence leur apparaît donc comme la conséquence évidente, forcée, comme la sanction naturelle, logique, du caractère d'essentialité dans le mariage du consentement des époux, de la célébration devant un officier de l'état civil, de la différence de sexe entre les contractants.

Il leur faut alors déterminer les conséquences qui découlent de cet état d'inexistence, formuler les règles qui vont lui être applicables. Ils se trouvent ainsi tout

naturellement conduits à élaborer la théorie de l'inexistence, mais ils ne se bornent pas à entreprendre cette édification exclusivement en vue du mariage. L'idée d'inexistence a rationnellement les mêmes raisons de s'appliquer à tous les actes juridiques. Tout acte, en effet, renferme un ensemble d'éléments dont les uns, appelés *essentiels*, concourent à sa formation, tandis que les autres, d'un caractère secondaire, interviennent seulement en vue de sa validité. Les premiers servent à donner son aspect à l'acte, à l'individualiser, ils sont indispensables. Si l'un d'eux fait défaut, l'acte ne peut être déterminé ; il est informe et ne correspond plus à l'idée que l'on peut se faire de lui ; il n'y a qu'une vague et vaine apparence ; il est inexistant. Au contraire, l'absence des éléments secondaires n'empêche pas l'acte de se former ; seulement, de par la volonté de la loi, elle peut entraîner, sous certaines conditions, son inefficacité juridique.

La doctrine crée donc une théorie de l'inexistence applicable à tous les actes juridiques (1). Elle pose, en principe, que, rationnellement, l'inexistence est l'état de l'acte qui ne renferme pas les éléments nécessaires à sa formation et en l'absence desquels il est impossible

(1) Certains auteurs (HOUQUES-FOURCADE par exemple, *op. cit.*, n^{os} 1680 et s.) exposent les théories de l'inexistence à propos du mariage et transportent ensuite, dans chaque matière, les règles ainsi précisées.

de le concevoir. (Plus tard, elle lui donne une portée plus large, lorsqu'elle découvre les cas d'inexistence légale). Elle oppose ensuite cette inexistence à l'annulabilité qui frappe l'acte parvenu à formation mais contrevenant à une disposition légale édictée en vue de sa validité. Elle finit par faire découler de la distinction entre les inexis-
tences et les annulabilités toutes les règles qui doivent régir les nullités.

Les principes au moyen desquels cette doctrine édifie et justifie sa théorie, lui sont imposés par la raison et par la logique. Néanmoins, pour donner plus d'autorité à leurs principes, les auteurs s'inquiètent de rechercher si cette idée rationnelle de l'inexistence n'a pas été connue des rédacteurs du code, et s'ils ne l'ont pas consacrée. Ils découvrent bien vite qu'elle répond à l'économie de notre Code, et que de nombreux textes édictent des inexis-
tences comme sanction aux commandements ou défenses qu'ils contiennent (1). En effet, à l'appui de leur théorie, et d'une façon générale, pour justifier chaque cas d'inexistence, ces auteurs, outre qu'ils s'appuient sur la raison et la logique, invoquent l'esprit et même le texte de la loi positive.

(1) D'après la doctrine classique, les articles seraient nombreux dans lesquels les rédacteurs du Code auraient rappelé les distinctions des actes inexis-
tants et des actes annulables ; mais ce serait surtout dans l'article 1117 que la distinction aurait été précisée le plus nettement. Voir BEUDANT : *Obligations*, page 162, et sa note au Dalloz, 1880, 1-145. — CAPITANT, *op. cit.*, pages 283 et 284, note 1. — HARTEMANN, *op. cit.*, pages 237 à 256.

Il en est ainsi pour l'absence de consentement des époux dans le mariage.

La doctrine, qui est unanime pour y voir un cas d'inexistence, — ce qui lui permet, nous venons de le voir, d'empêcher un tel mariage de produire des effets, malgré le silence du **Code**, — justifie son opinion par les arguments les plus nombreux tant de textes que de raison.

En premier lieu, elle rappelle le rôle que, dans le mariage, tient le consentement des époux :

Le mariage, dit-elle, étant un acte juridique, ne peut exister sans la volonté des contractants. Un acte juridique est, en effet, essentiellement un acte de volonté. Dans notre droit moderne, d'où le formalisme est exclu, la volonté, dans les limites imposées par les lois d'ordre public et les bonnes mœurs, est, sauf quelques restrictions, souveraine. Et même, lorsqu'à elle seule elle ne suffit pas à créer l'acte, ce qui est le cas pour le mariage, c'est, quand même et toujours, elle qui tient le principal rôle. C'est elle qui est l'élément actif, l'élément créateur de cet acte. Si donc les époux, ou l'un d'eux, n'ont pas consenti au mariage, ce mariage ne peut exister, un de ses éléments essentiels fait défaut. Il ne peut et ne pourra jamais produire d'effets. C'est le néant. Même si une célébration a eu lieu régulièrement, on peut dire qu'il n'y a rien, car l'apparence de validité que cette célébration peut donner à l'acte est vaine, puisqu'il n'y a pas une

volonté pour la soutenir. Comment d'ailleurs justifier qu'une personne qui n'a pas consenti, qui n'a pas voulu contracter mariage, soit liée par ce prétendu mariage. L'apparence de validité donnée par la célébration rendra peut-être difficile la preuve du défaut de consentement, mais ceci est en dehors de la question et prouve simplement que, bien souvent, les règles de fond sont soumises aux règles de la preuve. Enfin, ajoute-t-elle, le fait que le mariage est inexistant parce que non arrivé à formation, explique très bien que le Code n'en ait pas parlé au Chapitre IV. Dans ce chapitre, il prévoit les nullités et réglemente les actions qui en découlent. Qu'aurait-il réglementé ? puisque l'inexistence est un fait qui s'impose par la force des choses et ne peut tirer ses règles que d'elle-même. »

C'est ainsi que raisonne la doctrine, mais elle ne se contente pas de montrer que la solution qu'elle défend est imposée par le bon sens, elle prouve en outre qu'elle est consacrée par le **Code**. A cet effet, elle se tourne vers l'art. 146 : les termes de cet article, sa place en dehors du Chapitre IV, l'historique de sa rédaction lui prouvant que les rédacteurs du Code, en déclarant qu'« *il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement*, » ont édicté par là même et d'une façon très nette l'inexistence du mariage au cas d'absence de consentement des époux.

M. Houques-Fourcade écrit par exemple : « *Peut-on dire en termes plus énergiques que l'absence de consen-*

tement rend le mariage inexistant ? » (1), et M. PLANIOL, étudiant le consentement comme cause d'inexistence des actes juridiques, ajoute : « *l'article 146 exprime en termes excellents, à propos du mariage, cet effet de l'absence de consentement* » (2). L'on fait encore remarquer que si le Code emploie les mots « *Il n'y a pas de mariage* » et non le mot « *nul* », qui est une expression à double sens, désignant tantôt l'inexistence, tantôt l'annulabilité, c'est afin de prévenir tout doute sur les effets de l'absence de consentement. En outre, certains auteurs (3) justifient leurs affirmations en démontrant qu'au cours des discussions qui ont précédé le vote du texte actuel de l'art. 146, et auquel a pris part le Premier Consul, la distinction des mariages inexistants et annulables a été faite, et l'idée d'inexistence, pour le cas d'absence de consentement des époux, acceptée en définitive par les rédacteurs du **Code**, qui, pour la consacrer, ont donné

(1) HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, n° 1682.

(2) PLANIOL, *op. cit.* tome 1^{er}, n° 348. — Egalement LAURENT, *op. cit.*, tome 2, n° 277. « *Peut-on exprimer plus énergiquement la pensée que le mariage est inexistant ?* »

(3) DEMOLOBRE, *op. cit.*, n° 240, page 362. — HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, n° 1682. — HARTEMANN, *op. cit.* n°s 238 et s. — PIZE, *op. cit.*, pages 61 et s., page 74. — Laurent, au contraire, estime qu'au lieu de mettre le principe de l'inexistence en lumière, les discussions qui ont précédé la rédaction de l'article 146 ne font que l'obscurcir au point de jeter des doutes sur l'intention du législateur. (LAURENT. *op. cit.*, tome 2, n° 277).

à l'art. 146 sa forme actuelle et l'ont placé en dehors du **Chapitre IV du titre du Mariage.**

Il est utile de s'arrêter à cette démonstration et de l'exposer.

Ces auteurs s'appuient sur les travaux qui ont précédé la rédaction définitive de l'article 146, et, tout en reconnaissant que la discussion a été un peu confuse, ils prétendent dégager nettement la pensée des rédacteurs. A cet effet, ils s'appuient surtout sur les paroles prononcées par le Premier Consul au cours des trois séances où le Conseil d'Etat eut à s'occuper de l'article 146. Ils y trouvent la preuve que Bonaparte, profondément pénétré de la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité, s'est efforcé, sans toutefois éviter complètement les termes impropres et les confusions de langage, de rappeler cette distinction aux membres du Conseil d'Etat, de les convaincre de son utilité, et qu'il est parvenu, en définitive, à faire insérer cette distinction dans le **Code**.

Ainsi, fait-on remarquer, dans la première séance (26 *fructidor an XI*) où l'on mit en discussion l'art. IV au Titre du Mariage, Réal, qui présentait le projet au nom de la Commission de législation, proposa la rédaction suivante : « *Le mariage n'est pas valable si les deux époux n'y ont pas donné leur consentement libre. Il n'y a pas de consentement : 1° s'il y a eu violence ; 2° s'il y a eu erreur sur la personne... 3° s'il y a eu rapt...* » Or le Premier Consul ne trouva pas cette rédaction exacte

et fit observer : « *Il n'y a pas de mariage où il n'y a pas de consentement libre, l'article semble cependant supposer qu'il y a en ce cas mariage, mais qu'il n'est pas valable.* »

Pour un grand nombre d'auteurs, ces paroles permettent de n'avoir aucun doute sur la pensée du Premier Consul. « *Ainsi, écrit M. Hartemann, voilà clairement exprimée l'idée que, lorsqu'il n'y a pas de consentement libre, le mariage est, non pas annulable, mais inexistant* » (1).

L'on invoque encore (2) et surtout que, dans cette même séance, Tronchet, ayant proposé de placer dans le chapitre IV (chapitre des nullités de mariage) l'article en discussion ainsi rédigé : « *Il n'y a pas de mariage quand les formes n'ont pas été remplies, sauf les exceptions ci-après* », le Premier Consul s'y opposa : « *Placer, dit-il, l'article en discussion dans le chapitre IV, ce serait mêler ensemble le cas où il n'y a pas de mariage et le cas où le mariage peut être cassé* ».

Bien que déjà ces deux premières phrases du Premier Consul leur paraissent suffisamment convaincantes, certains auteurs ne s'en tiennent pas là, ils vont plus loin dans leur démonstration, et quelques-uns recherchent, tant dans les paroles qui ont été prononcées par Bonaparte que dans les décisions qui en ont été la suite, tout ce qui peut établir que les rédacteurs ont bien, dans

(1) HARTEMANN, *op. cit.*, page 241.

(2) HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, n° 1682.

l'article 146, consacré la distinction des mariages inexistantes et annulables.

M. Hartemann, par exemple, qui est de tous les auteurs celui qui a taché de faire cette preuve de la façon la plus complète, remarque que, dans la première séance, les membres du Conseil d'Etat, acceptant les idées du Premier Consul, décidèrent que l'on n'insérerait pas l'article au chapitre IV, qu'il subirait une modification, et que sa rédaction serait la suivante : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ; il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence, séduction ou erreur sur la personne* » (1).

Cet auteur ajoute (2) qu'au cours de la deuxième séance (*IV vendémiaire an X*) où fut reprise la discussion de l'article, le Premier Consul revint sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité pour proposer (ses idées sur l'application du principe s'étant modifiées) de distinguer les cas où la violence et l'erreur peuvent entraîner l'inexistence du mariage, de ceux où elles le rendent simplement annulable. A ce propos, il cite ces deux phrases de Bonaparte : 1^o d'abord celle-ci, qui a trait à la violence : « *Quand la violence a eu cet effet* (de conduire la personne violentée devant l'officier de l'état civil) *il y a une apparence de mariage que la cassation doit détruire ; dans tous les autres cas de violence, il n'y a même*

(1) HARTEMANN, *op. cit.*, pages 242 et 243.

(2) *Id.*, n^o 240, page 243.

pas mariage » ; 2° puis cette autre, prononcée au sujet de l'erreur : « *Il n'y a de véritable erreur de personnes que quand un individu est substitué physiquement à un individu ; et alors seulement le mariage est radicalement nul.* »

Pour achever sa démonstration, M. Hartemann cite encore les paroles que le Premier Consul prononça dans la dernière séance (24 frimaire an X) pour résumer toute la discussion (1). Ces paroles lui paraissent prouver que les idées du grand homme étaient désormais fixées, non seulement pour le principe même de la distinction, mais encore pour l'application à en faire. Il en voit la meilleure preuve dans cette phrase très souvent citée : « *On a distingué deux cas dans la discussion : 1° Il n'y a pas de mariage à défaut de consentement devant l'officier de l'état civil, et si on a écrit que la femme a dit « oui » quand elle a dit « non » ; 2° Si la femme ayant dit « oui » prétend ensuite avoir été forcée, il y a mariage, mais il peut être annulé.* »

Enfin, nous devons indiquer que, selon la doctrine, si au dernier moment (20 frimaire an X) l'on supprima du texte voté le 26 fructidor an IX et ainsi conçu : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ; il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence, séduction ou erreur sur la personne* », le dernier alinéa « *il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence, séduction ou erreur sur la personne* », et si l'on donna ainsi à l'article 146

(1) *Id.*, n° 241, page 244.

la rédaction qu'il a dans le **Code**, ce fut parce que la distinction ayant été parfaitement comprise par tous les membres du Conseil d'Etat, l'on voulut mettre fin à toute confusion possible entre les mariages inexistants et les mariages annulables. Ceci est évident, fait-on remarquer. Lorsque l'article voté dans la séance du 26 fructidor an IX revint devant le Conseil d'Etat, le chapitre relatif aux nullités de mariage ayant été discuté depuis, le Premier Consul rappela qu'on avait distingué l'erreur sur l'individu physique et l'erreur sur les qualités civiles. Or, expliqua-t-il, l'article, en déclarant qu'il n'y a pas mariage lorsqu'il n'y a pas consentement ni par conséquent toutes les fois qu'il y a erreur ou violence, n'est pas conforme à cette opinion. Cette observation fut le point de départ d'une discussion qui menaçait de s'éterniser lorsque, pour y mettre fin, Cambacérès proposa de supprimer le deuxième alinéa ; ce qui fut voté (1).

Ainsi les modifications apportées au texte primitif de l'article 146, les raisons données par le Premier Consul de la nécessité de ces changements de rédaction, les principes qu'il fut amené à poser à cet effet, sont pour la doctrine autant de preuves que les rédacteurs du Code ont fait la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité et que, par conséquent, ils ont bien édicté l'inexistence comme sanction de l'absence de consentement des époux.

Mais ce ne sont pas là les seuls arguments qui servent

(1) Voir PONCET, note sur Cassation, *Dalloz*, 1888, 1-161.

à cette doctrine pour justifier le sens qu'elle attribue à l'article 146. Elle en invoque d'autres : par exemple, pour elle, l'article 1108 du Code civil, qui indique les conditions essentielles pour la validité des conventions, édicte l'inexistence au cas d'absence du consentement des parties à l'acte. Elle en tire cette conséquence que l'article 146 est simplement l'application faite par la loi à un acte déterminé, le mariage, du principe général contenu dans l'article 1108.

Encore et enfin la doctrine montre quelle utilité indéniable possède l'article 146, si on lui reconnaît le sens qu'elle lui attribue. Nous pouvons ainsi, fait-elle remarquer, empêcher, en les déclarant inexistantes, que subsistent les unions qui violent le plus effrontément la loi, comme celles que contractent deux personnes de même sexe, ou qui sont le plus dépourvues de validité en raison, par exemple, de l'absence totale de volonté d'un des époux privé complètement de ses facultés mentales. Si, au contraire, ajoute-t-elle, nous considérons l'article 146 comme édictant une nullité et non une inexistence, nous serons par là même obligés de reconnaître que ces mariages sont à l'abri de toute attaque. Ils devront être nécessairement maintenus, puisque, d'une part, il est de principe certain que les causes de nullités de mariage et les personnes qui peuvent les proposer sont limitativement déterminées par la loi et que, d'autre part, aucune règle n'est édictée par le Code au sujet de l'absence de consentement ; car l'on ne peut admettre, comme le

voudrait la jurisprudence, que les articles 180 et 181 contiennent la sanction du principe de l'article 146. Le législateur n'a pu confondre l'absence de consentement avec le consentement vicié, qui sont deux états distincts. Et d'ailleurs la rédaction des articles 180 et 181, si différente de celle de l'article 146, prouve suffisamment qu'à deux états dissemblables la loi applique des régimes opposés. En d'autres termes, concluent les auteurs partisans de cette doctrine classique, la théorie de nullités de mariage étant rigoureusement déterminée et peu souple, est impuissante à venir à bout de toutes les violations possibles de la loi, et la doctrine de l'inexistence, aux règles très larges, en est le complément aussi indispensable que rationnel (1).

Telles sont, tirées tant du caractère de logique et d'indéniable utilité de l'idée d'inexistence que des termes mêmes de l'article 146, les multiples raisons que l'unanimité de la doctrine classique invoque pour

(1) HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, pages 278 et 279, et les auteurs cités dans la note 1 de la page 279. Cet auteur, ainsi que M. Poncet (D. 88-1-161), fait aussi remarquer à quelle conséquence absurde l'on aboutirait si l'on considérait l'art. 146 comme édictant une nullité réglementée par les art. 180 et 181. Lorsque la cause qui aura entraîné l'absence de consentement sera la démence, déclare cet auteur, l'action en nullité ne pourra être exercée par personne, puisque le seul à qui elle appartienne ne pourra la mettre en mouvement. Nous verrons bientôt que la jurisprudence a répondu à cette objection. (Cass. 26 février 1890. D. 90-1-290.

appliquer au mariage la distinction des actes inexistants et annulables et pour, en ce qui concerne le consentement des époux, considérer l'absence de ce consentement comme un cas d'inexistence nettement distinct du cas de nullité prévu à l'art. 180.

Si maintenant l'on se rappelle que cette doctrine fait de la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité la base des solutions des questions que peuvent soulever les nullités et qui toutes ont trait soit à la nécessité de l'action en justice, soit à l'étendue de cette action quant aux personnes, soit à la prescription, soit enfin à la confirmation, si l'on se souvient qu'elle établit entre ces solutions un lien de solidarité, l'on découvrira par là même de quelle façon ses partisans résolvent les questions que fait naître l'absence de consentement des époux.

En effet, nous savons en quels termes se résume la théorie classique des nullités. Rappelons-le en quelques mots (1).

1° *En ce qui concerne l'action en justice* : il serait inutile, pour invalider l'acte inexistant, de s'adresser à la justice, car cet acte, n'étant à l'avance et par lui-même que le néant, est non avenu. L'intervention de la justice serait au contraire nécessaire pour infirmer l'acte nul, parce que provisoirement cet acte existe et conserve son efficacité jusqu'à ce qu'il ait été reconnu atteint d'un vice juridique

(1) Voir HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, n^{os} 1684 à 1690.

susceptibles d'en entraîner l'annulation et que celle-ci ait été effectivement prononcée.

2° *Relativement à l'étendue de l'action quant aux personnes* : tout intéressé pourrait se prévaloir de l'inexistence d'un acte soit par voie d'action, soit par voie d'exception car, s'il en était autrement, l'acte existerait et serait opposable, ce qui serait une contradiction. A l'inverse, il n'y aurait possibilité d'invoquer une nullité que pour les seules personnes auxquelles le but de la loi exige que ce droit soit accordé.

3° *Pour ce qui est de la prescription* : le droit de se prévaloir d'un acte inexistant serait imprescriptible, le laps de temps étant impuissant à consolider ce qui n'a jamais existé, alors que la nullité pourrait être soumise à la prescription.

4° *Enfin, au point de vue de la confirmation* : l'acte nul étant un acte seulement imparfait, le vice dont il est atteint serait réparable. A l'opposé, il faudrait reconnaître que les actes inexistants ne se confirment pas pour cette raison bien simple que la confirmation manque alors totalement de base.

Or, parmi ces règles, toutes celles propres à l'inexistence, la doctrine classique les applique à l'absence de consentement dans le mariage, et cela quelle que soit la cause qui a empêché la volonté de naître.

Ainsi, pour elle, l'inexistence du mariage n'a pas besoin d'être prononcée par le juge, elle peut être déclarée à toute époque à la requête de tout intéressé, sans qu'on

puisse opposer à qui que ce soit une fin de non recevoir tirée de la confirmation. Cette doctrine ne nie pas cependant que l'intervention du juge peut être particulièrement nécessaire en raison des formalités dont le mariage, qui est un contrat solennel, peut être accompagné. Mais en reconnaissant cette nécessité de l'intervention judiciaire, elle ne fait, dit-elle, qu'appliquer les principes de sa propre théorie. En posant les règles de l'inexistence, répondent ses auteurs, nous n'avons pas la prétention de soutenir que jamais, d'après les principes que nous admettons, le juge n'aura à statuer au sujet d'un acte inexistant. L'inexistence n'étant pas toujours suffisamment apparente pour s'imposer sans discussion, il peut se faire que, dans un acte, la présence d'une cause d'inexistence soit contestée et qu'il soit alors nécessaire de venir devant le juge qui recherchera si véritablement il y a une existence ; auquel cas il renverra les parties dos à dos. Seulement, ajoutent ces mêmes auteurs, ce qu'il faut bien remarquer, c'est que l'action qui sera exercée à ce propos ne sera pas une action en nullité, mais une action ordinaire, le plus souvent l'action qui naîtrait du contrat, s'il était valable.

Donc, c'est en se conformant à ces principes que la doctrine classique reconnaît que le juge aura souvent à intervenir à propos d'un mariage inexistant dont la célébration aura eu lieu devant un officier de l'état civil. En effet, dit-elle, il y alors un titre, régulier en apparence, et « la foi due à un acte régulier, qui ne laisse apercevoir au-

cune des causes d'inexistence du mariage, l'absence complète de consentement de l'une des parties, par exemple, fait en ce cas « qu'il y a un titre et une apparence qu'il faut détruire ». Dans cette mesure, il est exact de répéter avec la jurisprudence que « provision est due au titre » : ce titre doit être attaqué par la voie de l'inscription de faux, s'il porte qu'un des époux a dit le « oui » sacramentel alors qu'on prétend établir qu'il a répondu par un « non » formel à la demande de l'officier » (1). Mais, ajoute-t-elle, l'intervention du juge n'a pas pour but de prononcer l'inexistence du mariage. L'action exercée n'est pas une action en nullité soumise, comme telle, à toutes les règles du chapitre IV du Titre du Mariage et, bien plus, ce n'est pas l'union conjugale qui en est l'objet, « mais, ce qui est tout différent, l'acte qui prétend la constater, de telle sorte que, le cas échéant, c'est lui seul qui est annulé et non le mariage : sa suppression une fois obtenue, la seule chose qui prêtait un semblant de vie à celui-ci s'évanouit, et il tombe de lui-même » (2).

Nous venons de dire que, quelle que soit la raison qui ait entraîné l'absence de consentement, l'effet de cette absence était toujours l'inexistence du mariage. Au début, une difficulté était née. Le **Code**, dans l'article 502, réglemente les effets des actes passés par le dément

(1) HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, page 280.

(2) *Ibid.*

interdit ou non. Cet article n'édicte nullement une inexistance, mais, au contraire, une nullité soumise à certaines restrictions. Devait-on distinguer parmi les causes susceptibles d'empêcher la volonté de se manifester ? Fallait-il appliquer les articles 502 et suivants au cas où l'époux, dont le consentement faisait défaut, était dément ? La doctrine se prononça bien vite pour la négative. Les articles 502, 503, 504, déclara-t-elle, comme le fait d'ailleurs la jurisprudence, sont inapplicables au mariage (1). Elle donna de sa décision les raisons suivantes : le mariage est régi par un ensemble de règles qui lui sont propres et qui doivent se suffire à elles-mêmes. L'on ne peut lui appliquer d'autres règles que celles contenues au **titre 5 du livre 1^{er} du Code civil** ; or, dans ce titre, aucun article ne prévoit l'interdiction comme cause de nullité de mariage. L'interdit peut donc contracter dans un intervalle lucide. Quant à la démence, elle est une cause d'inexistence par application à l'article 146 et parce qu'elle est destructive de tout consentement. Non seulement ceci est logique, mais ceci correspond exactement à la pensée des rédacteurs du **Code** : le projet de la commission du Conseil d'Etat portait un

(1) GLASSON, *op. cit.*, pages 130 et s. — AUBRY et RAU, 5^e édit., tome 1^{er}, § 127, page 808. — BEUDANT, *Etat et capacité des personnes*, tome 1^{er}, pages 343 à 345. — PIZE, *op. cit.* page 328. — Note de M. PONCET sous Cassat., 9 novembre 1887, D. 88, 1-161. Voir toutefois l'opinion de M. PLANIOL, *op. cit.*, tome 1^{er}, n° 2079.

article III aux termes duquel il était dit notamment que l'interdiction était une cause d'empêchement du mariage. Cet article fut supprimé sur la proposition de Cambacérès, qui fit observer que la disposition qu'il contenait n'était qu'une des conséquences de la règle générale, qui exige pour le mariage un consentement. Par conséquent, quelle que soit la cause qui entraîne l'absence de consentement, le mariage est inexistant.

Tel est le principe défendu par la doctrine classique, et ce principe, elle l'applique dans son intégrité. Elle réfute toutes opinions acceptant des solutions contraires ou tendant simplement à atténuer ce qu'il y a d'excessif dans les conséquences auxquelles aboutit l'application scrupuleuse des règles de l'inexistence. Par exemple, elle repousse l'opinion de M. Beudant qui, quoique partisan de l'idée d'inexistence, refuse d'appliquer cette nullité au mariage, et prétend qu'aucun mariage n'étant nul de droit, une action en justice est nécessaire toutes les fois qu'une célébration a eu lieu (1). Elle n'accepte

(1) BEUDANT, *Etat et capacité des personnes*, tome 1^{er}, p. 390. « On peut affirmer que la distinction si souvent présentée entre les mariages nuls ou inexistants et les mariages simplement annulables, ne repose sur rien. » Nous reviendrons sur cette opinion lorsque nous discuterons la théorie classique. Il nous suffit, pour l'instant, d'indiquer qu'aux yeux de cet auteur, un mariage qui a été célébré ne peut être inexistant, quel que soit l'élément qui ait manqué à sa formation. Aucune nullité de mariage, dit-il, n'opère de plein droit, elle ne se produit que si elle est demandée et prononcée judiciairement.

pas non plus la manière de voir de MM. Aubry et Rau qui, tout en reconnaissant que le mariage est inexistant à défaut de consentement des époux, voudraient néanmoins qu'un tempérament soit apporté à la règle ; ces auteurs désireraient voir les tribunaux ne déclarer le mariage non avenü qu'avec la plus grande réserve, lorsque la demande est formée soit par l'époux sain d'esprit qui ne rapporte pas la preuve qu'il a ignoré l'état de son conjoint, soit par des collatéraux qui n'ont pas provoqué l'interdiction, soit enfin par le dément qui, une fois guéri, continue de cohabiter avec son conjoint (1). Aux partisans de la théorie classique, cette opinion, comme celle de Beudant, paraît fausse, peu juridique, inconciliable avec la notion d'inexistence dont le caractère objectif la fait s'imposer d'elle-même sans considération de condition ni de milieu. La notion d'inexistence, déclarent ces auteurs, doit faire repousser jusqu'à l'idée de ces fins de non recevoir (2).

Enfin, poussée par son souci de logique, la doctrine que nous étudions va jusqu'à refuser, au mariage privé du consentement des époux, les effets les plus indirects et les plus lointains.

Ainsi, alors qu'elle admet qu'au cas de simple annulation d'un mariage les enfants nés pendant sa durée ou dans les dix mois de son annulation peuvent prouver

(1) AUBRY ET RAU, 4^e *édit.*, tome V^e, § 451 *bis*, page 14.

(2) HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, n^o 1692.

leur filiation à l'aide des moyens dont ils auraient pu faire usage si le mariage eût été validé ; elle refuse ce même droit lorsque le mariage est inexistant. Il n'y a rien, dit-elle, qui puisse étayer la présomption donnant à l'acte de naissance la force de prouver une filiation, rien qui puisse autoriser l'application de la maxime « *pater is est quem nuptiae demonstrant* » (1).

De même, et pour la raison que l'inexistence signifie « néant juridique », et que du néant ne peut naître une obligation, elle refuse d'appliquer au mariage inexistant l'article 228 C. c., qui défend à la femme de se remarier avant un délai de 10 mois depuis la dissolution de son premier mariage, alors qu'elle applique cet article par analogie au cas où le premier mariage est annulé (2).

Enfin, elle refuse de faire produire aux unions privées du consentement des époux, comme à tout mariage qu'elle considère comme inexistant, les effets que les articles

(1) Pour connaître l'état de la doctrine sur ce point, on pourra consulter Jacques PIÉDELIEVRE, *Des effets produits par les actes nuls* (thèse) (Paris 1911), notamment pour la preuve de la filiation, pages 28 et s. En ce qui concerne l'obligation, pour la femme, d'observer le délai de viduité, pages 37 et s. Enfin pour l'application des effets du mariage putatif, pages 197 et s., pages 209, note 2, 212, note 1. — Voir également HARTEMANN, *op. cit.*, n^{os} 310 à 315. — HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, n^o 1906 à 1910, et la note 1, page 467. — En sens contraire, BEUDANT, *op. cit.*, tome 1^{er}, n^o 295, page 413. — LOYER, *op. cit.*, pages 119 à 126. — JAPIOT, *op. cit.*, page 684, notes 1 et 2.

(2) *Ibid.*

201 et 202 du C. c. reconnaissent au mariage nul qui a été contracté par des époux de bonne foi (1). Il lui apparaît que logiquement une telle union ne peut même pas produire ces effets secondaires accordés au mariage putatif, et, à l'appui de son opinion, elle invoque un argument de texte, une raison tirée de la nature des choses et enfin l'argument proprement juridique tiré de l'idée de néant. Il lui apparaît d'abord évident que, les rédacteurs du Code n'ayant visé dans le chapitre IV que les nullités de mariage et ayant voulu placer les inexistentes en dehors de ce chapitre, rationnellement les articles 201 et 202 ne sauraient s'appliquer aux mariages inexistantes (2). Au surplus, les termes mêmes de l'article 201 lui paraissent suffisamment explicites, les expressions « *le mariage déclaré nul* », « *le mariage contracté de bonne foi* » ne lui semblent pas viser les cas d'inexistences.

Elle indique également qu'il existe, en raison, des motifs sérieux de traiter les mariages inexistantes, souvent si informes, qu'ils n'ont du mariage que le nom, avec moins de faveur que le mariage nul. On comprend très bien, fait-elle remarquer, qu'il y ait possibilité de considérer comme mariés jusqu'au jour de l'annulation des époux dont l'union était seulement viciée ; car, dans tous les cas, même lorsque la nullité résulte d'un vice du consentement, les époux ont eu l'intention de s'unir. Mais

(1) *Ibid.*

(2) Toutefois, cet argument n'apparaît pas très convaincant à M. Houques-Fourcade, *op. cit.*, n° 1906.

pourra-t-on en décider de même lorsqu'il n'y a pas de mariage du tout, lorsque l'un des époux aura manifesté une volonté contraire, ou lorsque ses facultés seront si altérées qu'il sera dans l'impossibilité de consentir ? Toute la bonne foi de son conjoint ne sera pas assez efficace pour faire qu'il y ait un mariage là où il n'y avait même pas concours de consentement.

En dernière analyse, elle revient sur l'idée de néant auquel correspond l'inexistence et donne l'explication que voici : si l'on conçoit qu'un mariage puisse produire des effets civils, dit-elle, c'est que cet acte a tout au moins une inexistence provisoire, fragile et précaire, il est vrai, mais qui peut être confirmée. Cet acte, bien qu'annulé, sert de base à la bonne foi des époux, pour faire subsister les effets qu'il a produits pendant son existence provisoire. Comprendrait-on qu'il en soit de même pour un mariage inexistant, qui est dépourvu de toute valeur légale, qui n'a jamais produit d'effets, qui n'est et ne peut être que le néant ? Car, pour la doctrine, l'on ne saurait prétendre que les conséquences juridiques dérivent alors non pas du néant, mais de cette chose toute positive qu'est la bonne foi des époux. La bonne foi est impuissante à rien produire par elle-même ; elle n'engendre, en droit, certaines conséquences qu'à la condition de s'appuyer sur un fait qui lui sert de substratum et qu'à son tour elle consolide (1).

(1) *CONTRA WAHL*, sous Cass., 30 juillet 1900, S. et P. 1902, 1-225 (en note pages 227 et 228).

Telle est *la doctrine* sur la question des effets de l'absence de consentement des époux dans le mariage (1).

L'on voit, par cet exposé, combien les règles qu'elle applique au cas d'absence de consentement sont différentes de celles que les articles 180-181 C. c. édictent pour le cas de nullité résultant d'un vice de consentement des époux, puisque ces articles ne permettent d'invoquer la nullité qu'à l'époux seul dont le consentement a été vicié et cela au moyen d'une action en nullité qui ne lui est ouverte que pendant un laps de temps fort court et à la condition seulement que, préalablement à l'action, il n'ait pas valablement ratifié l'acte de mariage atteint de nullité.

En résumé, la doctrine classique ne voit nulle similitude entre le cas d'absence de consentement des époux et celui de vice de ce même consentement. Pour elle, il y a deux états distincts qui doivent recevoir un traitement différent ; tandis qu'elle applique au second les règles édictées dans le Code et qui sont celles qu'elle considère comme propres à l'annulabilité, elle reconnaît dans le premier un cas d'inexistence et lui fait produire sans aucune restriction toutes les conséquences de cet état.

(1) Pour connaître les auteurs partisans de cette théorie classique, voir Houques-Fourcade, n° 1691, note 1 S. 84-2-201, notes, 1, 2, 3, et le rapport de M. le Conseiller Alphantery, D. 88-1-161, note 1-2-3.

Ceci établi, si l'on quitte la doctrine et que l'on jette les yeux sur les décisions que la jurisprudence a pu rendre sur des questions ayant trait à l'absence de consentement des époux dans le mariage, l'on constate que généralement les tribunaux et spécialement la Cour de Cassation ne partagent nullement la manière de voir de la doctrine, et que, repoussant l'idée d'inexistence, ils considèrent l'absence de consentement comme un cas de nullité qui, prévu par l'article 146, n'en est pas moins réglementé par les articles 180 et suivants du chapitre IV.

Confondant ainsi le cas d'absence de consentement avec celui de consentement vicié, la jurisprudence les considère tous les deux comme entraînant une nullité relative. C'est cette jurisprudence qu'il nous reste à indiquer.

(B) *La Jurisprudence*

Depuis la promulgation du Code civil, la jurisprudence a eu, à plusieurs reprises, à se prononcer sur la nature et les caractères de la nullité résultant de l'absence de consentement des époux dans le mariage, et, par suite, elle a dû prendre parti sur le sens à attribuer à l'article 146. Elle n'a jamais eu, il est vrai, à le faire que relativement à l'étendue de cette nullité quant aux personnes qui ont le droit de l'invoquer. Dans tous les conflits qui lui ont été soumis, la discussion a porté sur

le point de savoir si une personne déterminée avait le droit de faire prononcer la nullité du mariage. Même jusqu'à une époque relativement récente, jusqu'en 1884, la question lui a toujours été posée avec les mêmes données (1) : un dément interdit ou non ayant contracté mariage, le droit d'invoquer après son décès la nullité du dit mariage appartient-il aux héritiers collatéraux ? Disons tout de suite que la Cour de Cassation a constamment dénié aux collatéraux le droit de se prévaloir de cette nullité. Puis, en 1888, la question de savoir si le tuteur de l'interdit peut, du vivant et au nom de ce dernier (2), intenter l'action en nullité, se posa devant la Cour d'appel de Bastia et fut portée ensuite devant la Chambre civile de la Cour de Cassation (3). Les deux juridictions répondirent par l'affirmative, consacrant ainsi une solution contraire à celle qui est généralement admise pour les collatéraux. Enfin, tout récemment, la question du droit à l'action pour le conjoint de l'époux dément a été soumise au tribunal de la Seine, qui, se basant sur les décisions de la Cour de Cassation relatives aux collatéraux, vient de se prononcer pour la négative.

(1) Cassation Ch. civ. 9 janvier 1821, S. 21-1-157. D. Rep. V^o *Mariage*, n^o 210. Req. rej. 12 novembre 1844. D. 45-1-98. S. 45-1-246, rapp. de M. Mestadier. Civ. rej., 9 nov. 1887. D. 88-1-161, S. 87-1-461.

(2) Bastia, 8 février 1888, D. 88-2-317, S. 89-2-177. note de M. Labbé.

(3) Civ. rej. 26 février 1890. D. 90-1-290. S. 90-1-216.

C'est donc exclusivement au sujet de l'étendue de l'action quant aux personnes que les tribunaux ont eu à se prononcer sur le sujet qui nous occupe. Il n'en est pas moins vrai que, pour prendre parti sur cette unique question, la jurisprudence a dû envisager le sujet dans toute sa généralité. Pour dire à qui appartenait le droit d'invoquer la nullité, il lui a fallu remonter aux principes qui, dans le Code, dominant toute la théorie des nullités de mariage. Elle n'a pas failli à sa tâche. Elle a même, dans certains arrêts (Cour d'appel de Bordeaux, 25 juin 1884, Cour de Cassation, Chambre civile, 9 novembre 1887) (1), envisagé dans leur ensemble les effets de l'absence de consentement des époux au mariage et a dressé, en face de la théorie admise par la doctrine, un système opposé qu'elle soutient avec des arguments aussi nombreux et aussi convaincants que ceux dont se sert cette doctrine pour justifier sa manière de voir. Même, fait à noter, la jurisprudence, comme on pourra s'en rendre compte par la suite, a, pour faire reposer ses décisions, trouvé un ferme appui, précisément dans un grand nombre des arguments de fait et de droit qui servent aux auteurs à étayer leur propre système.

Nous allons donc rechercher quelle théorie l'on peut dégager de l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux, relativement à l'absence de consentement

(1) Bordeaux, 25 juin 1884. D. 88-1-162. S. 84-2-201. Civ. rej. 9 nov. 1887, D. 88-1-161. S. 87-1-461.

des époux dans le mariage. Nous rencontrerons quelques décisions contradictoires, tous les tribunaux n'ayant pas admis d'une façon unanime la même solution. Il existe toutefois une jurisprudence suffisamment ferme et précise pour découvrir à l'analyse les raisons et les principes qui ont guidé les juges. En effet, si quelques Cours d'appel ont admis les solutions de la doctrine (1), la Cour de Cassation n'a jamais varié. Pour tous les pourvois qui ont été formés devant elle, elle s'est toujours prononcée dans le même sens ; et l'on ne saurait prétendre que dans l'arrêt de 1890, accordant au tuteur de l'interdit le droit d'invoquer la nullité du mariage au nom de ce dernier, elle est revenue sur ses décisions antérieures. Nous estimons, en effet, et nous espérons pouvoir le prouver quand le moment sera venu, qu'en admettant le tuteur de l'interdit à exercer l'action, la Cour de Cassation n'a nullement varié dans sa jurisprudence, mais a tâché de concilier cette jurisprudence avec les principes d'équité et de bon sens qui exigeaient que l'action ne soit pas refusée au tuteur.

* * *

Pour faire apparaître l'ensemble des principes contenus dans les principaux arrêts qui se réfèrent en quelques

(1) Cour d'Appel de Paris, 18 mai 1818. D. Rép. V. *Culte*, n° 115, page 749. S. 1819-2-182. Cour d'Alger, 21 avril 1853. D. 1855-2-342.

points à notre étude, nous résumerons d'abord ces arrêts dans leurs grandes lignes. Ce n'est qu'ensuite que nous tâcherons de dégager le plus nettement possible la théorie que la Jurisprudence semble avoir voulu opposer à celle de la doctrine.

II

En 1821 (1), pour la première fois, la **Cour de Cassation** eut à se prononcer sur l'étendue, quant aux personnes, de la nullité résultant de l'absence dans le mariage du consentement des époux ou de l'un d'eux. La question se présenta à elle de la façon et dans les conditions suivantes :

Une dame Jolliot avait, devant le Tribunal civil de la Seine, demandé aux héritiers collatéraux de son mari l'exécution d'une donation que ce dernier lui avait faite dans leur contrat de mariage. A cette demande, les collatéraux avaient répondu en invoquant la nullité du mariage résultant de ce que l'époux décédé était dément lors de la célébration et avait dû être interdit quelques mois plus tard. La demanderesse, sans contester que son mari était dément au jour de leur union, avait simplement répliqué qu'aux termes de l'article 184 **C. c.**, la nullité dont se prévalaient les défendeurs n'était pas du nombre de celles qui pouvaient être proposées par des parents

(1) D. Rep. V^o *Mariage*, n^o 210 et note. S. 21-1-157.

collatéraux ou autres y ayant intérêt. Le tribunal de la Seine avait accepté ces dernières conclusions et avait déclaré les héritiers collatéraux non recevables dans leur demande en nullité de mariage (1).

Sur appel, la Cour de Paris avait réformé le jugement au moyen d'attendus où il était dit que l'article 184 du **C. c.** n'était pas limitatif, qu'il laissait aux collatéraux l'action en nullité toutes les fois que cette nullité était absolue et d'ordre public, et qu'en l'espèce les collatéraux avaient le droit d'invoquer la nullité du mariage résultant, par application de l'article 146, de ce que l'époux dément, lors de la célébration du mariage, n'avait pas exprimé son consentement.

C'est dans ces conditions que la question fut portée devant la Cour de Cassation. La dame Jolliot ayant formé un pourvoi en cassation, tâcha de le justifier par le raisonnement juridique suivant :

1° L'on ne peut, sans violer les articles 184, 144, 147, 161, 162, 163, reconnaître aux collatéraux le droit d'attaquer le mariage de leurs parents hors des cas spécifiés par

(1) Dans cette affaire, les collatéraux, outre qu'ils invoquaient la nullité du mariage pour défaut de consentement, prétendaient qu'on devait voir une seconde cause de nullité dans ce fait que l'un des époux était engagé dans les ordres sacrés au moment du mariage. Voir comment cette question fut solutionnée par la Cour de Paris et la Cour de Cassation. S. 21-1-157.

ces articles. Il est de principe certain que les articles 184 et 191 renferment l'énumération des différentes nullités absolues de mariages. On ne peut en admettre d'autres. Il y a des raisons puissantes tant d'ordre moral que d'ordre politique à valider les mariages et à restreindre aux termes rigoureux de la loi les nullités absolues qui par elles-mêmes sont exorbitantes du droit commun.

2° C'est également contrevenir à l'article 174 et faire une fausse application de l'article 146 que de décider que la démence est par elle-même une cause de nullité.

Il y a en effet, en matière de mariage, un principe qui prime tout : étant de tous les contrats celui dont la stabilité intéresse le plus l'ordre public, le mariage ne peut être frappé de nullité, surtout de nullité absolue, que si cela résulte d'un texte formel ; or, aucun texte ne donne aux collatéraux le droit d'attaquer un mariage pour cause de démence de leurs parents. Il y a bien l'article 174 qui leur confie le droit de s'opposer à un mariage projeté par une personne interdite pour cause de démence, mais cet article ne peut être étendu, il doit recevoir une interprétation restrictive. En accordant expressément aux collatéraux le droit de faire opposition au mariage, mais en restant muet sur le droit d'invoquer la nullité, le législateur lui a, par là même, refusé ce droit. On ne peut donc attaquer un mariage contracté par un dément qu'en prétextant que le consentement fait défaut, c'est-à-dire en se prévalant de la disposition de l'article 146 ; or cet article édicte comme

sanction une nullité relative, puisque l'article 180, qui n'en est que le développement, prévoit une telle nullité (1).

Ainsi le pourvoi ayant été admis par la Chambre des requêtes, la Chambre civile de la Cour de Cassation se voyait poser les deux questions dont les solutions suffisent à résoudre le caractère et la nature de la nullité résultant de l'absence du consentement des époux dans le mariage.

A). Existe-t-il, en dehors des cas de nullité prévus par l'article 184, des nullités qui soient si absolues (la doctrine les appellera plus tard des inexistences), qu'elles puissent être invoquées par toute personne intéressée sans qu'il soit nécessaire qu'un texte leur en reconnaisse le droit ?

B). La nullité prévue par l'article 146 C. c. est-elle différente de celle édictée par l'article 180 du même Code ou, au contraire, doit-on considérer que ce dernier article se réfère non seulement au défaut de liberté du consentement, mais encore à l'absence de ce même consentement et que, par conséquent, il contient la sanction de la nullité édictée dans l'article 146 ?

La Cour de Cassation ne se prononça que sur le premier moyen : l'interprétation restrictive de l'article 184. Elle

(1) Le pourvoi soutenait également qu'on ne saurait invoquer l'article 503 : cet article, y était-il dit, se trouve au chapitre de l'Interdiction ; or, il y a un chapitre spécialement consacré aux nullités de mariage et l'on ne peut aller chercher une telle nullité en dehors de ce chapitre.

l'accepta, et cassant l'arrêt de la cour de Paris, décida dans son propre arrêt du 9 janvier 1821 que, dans l'état actuel de la législation, les collatéraux ne sont recevables à attaquer le mariage que lorsqu'ils sont formellement autorisés par la loi ; ce principe résultant de la combinaison des articles 184 avec les articles 144, 147, 161, 162, 163, 191, 348.

Voici le premier arrêt rendu sur notre sujet par la Cour de Cassation (1). Nous pouvons en tirer ce principe : Les nullités de mariage étant limitativement prévues par le Code et minutieusement organisées par lui, seules peuvent invoquer une nullité de mariage, quelle qu'elle soit, les personnes qui en ont expressément reçu le droit d'un texte inséré au Code.

* * *

En 1844, la question du droit à l'action pour les collatéraux fut soumise pour la seconde fois à la Cour de Cassation. L'affaire au sujet de laquelle la **Chambre des requêtes** fut mise à même de statuer était analogue à celle que nous venons d'analyser, si ce n'est que l'époux dément était interdit lorsqu'il avait contracté mariage, ce qui soulevait la question de savoir si l'interdiction pour

(1) Cet arrêt fut commenté par Merlin, Rep. V^o *Mariage*, sect. VI, § 2, pages 749 et s. — A ce propos, l'auteur a esquissé le système qui sera celui de la jurisprudence.

raison de démence est par elle-même une cause de nullité de mariage.

La Cour suprême rendit un arrêt (1) où étaient énoncés les deux principes suivants :

I^o Un interdit n'est pas absolument incapable de contracter mariage dans les intervalles lucides. L'article 502, qui déclare nuls de plein droit tous les actes passés par l'interdit après son interdiction, n'est pas applicable à cette matière (2).

II^o L'article 184, en ce qu'il admet tous ceux qui ont intérêt à attaquer un mariage nul, est essentiellement restrictif et limitatif et s'oppose, par suite, à ce que les collatéraux soient admis à demander la nullité du mariage de leur parent après le décès de celui-ci et en dehors des cas prévus par cet article.

Ce dernier principe, nous venons de le voir, est déjà contenu dans l'arrêt de 1821 (3). Cependant, nous allons constater que cette fois la Cour de Cassation en a

(1) 12 novembre 1844. D. 45-1-98. S. 45-1-246.

(2) La Cour de Toulouse, au contraire (24 mars 1824, S. 24-2-223) en avait décidé autrement en ce qui concernait l'article 504. Elle appliqua cet article au mariage. Dans l'arrêt qu'elle rendit, elle déclara que la nullité fondée sur ce que l'un des époux n'a pu consentir parce qu'il avait perdu l'intelligence, la mémoire et la parole au moment du mariage, n'est pas proposable après le décès de l'époux, l'article 504 s'y opposant.

(3) Depuis 1821 et avant 1844, la Cour de Douai avait affirmé la règle que la disposition de l'article 184 est restrictive et limitative (12 juillet 1838, S. 39-2-256).

mieux précisé la raison d'être et toute l'étendue ; et qu'elle a même déjà esquissé la règle qu'elle posera plus nettement par la suite, à savoir que le **Code** a traité de la même façon le défaut de liberté et l'absence de consentement et a placé dans l'article 180 la sanction du principe contenu à l'article 146.

Voici, en premier lieu, à quel propos et à la suite de quels jugement et arrêt la Cour de Cassation fut amenée à formuler les deux principes que nous venons d'indiquer.

Un individu en état d'interdiction avait contracté mariage afin de légitimer son enfant naturel qu'il avait reconnu quelque temps avant le mariage. Sa sœur et son beau-frère avaient bien fait opposition au mariage ; mais l'opposition avait été déclarée irrecevable. Après le décès de l'interdit, ces mêmes collatéraux attaquaient le mariage comme nul, pour cause de démence ou d'interdiction.

Le Tribunal civil de Falaise, par jugement du 16 février 1842, rappela, en repoussant l'action des collatéraux, que le mariage était le plus saint des contrats, celui sur lequel repose la fondation de la famille et la conservation de la société, et que le législateur et la jurisprudence de tous les temps ont été d'accord pour refuser aux collatéraux le droit d'opposer les nullités même absolues du mariage. Le Code civil, disait ce jugement, restreint les nullités de mariage, et l'article 184 énumère toutes les dispositions qui, lorsqu'elles n'ont

pas été observées, donnent droit d'attaquer l'union conjugale soit de la part des époux, soit de la part de ceux qui y ont intérêt.

Le Tribunal civil de Falaise admettait donc le principe posé par la Cour de Cassation en 1821, seulement il le justifiait par un argument nouveau : l'intérêt de la famille et de la société, qui exige que le droit d'invoquer des nullités de mariage ne soit que très rarement et très restrictivement accordé.

La Cour de Caen, à laquelle fut soumis le jugement du tribunal de Falaise, le confirma le 29 janvier 1843 (1)

(1) D. 1843-2-67. Les collatéraux, dans l'action qu'ils avaient intentée, n'invoquaient pas seulement la nullité du mariage. Ils prétendaient également faire tomber la reconnaissance d'enfant naturel en se prévalant de la même cause de nullité, l'absence de consentement. Ils demandaient enfin qu'au cas où le mariage ne serait pas annulé, les conventions matrimoniales adoptées par les époux fussent privées d'effets. Cette dernière prétention était encore inadmissible. Les mêmes motifs qui peuvent faire valider un mariage empêchent *a fortiori* d'annuler les conventions qui s'y attachent. Ainsi devait en décider la Cour de Cassation. Cette manière de voir est, au surplus, défendue par la doctrine. Mais, en 1829, un autre système s'était fait jour et avait donné lieu à un arrêt de la Chambre des requêtes (28 décembre 1831). L'arrêt admit que les collatéraux, auxquels le droit d'attaquer le mariage de leur parent dément avait été refusé (arrêt de 1821), pouvaient, au contraire, faire prononcer la nullité des conventions matrimoniales qui avaient accompagné le mariage. C'est cet arrêt qui, en 1842, avait fait espérer aux collatéraux qu'au cas où le mariage de leur parent serait maintenu, les conventions matrimoniales pourraient tout au moins être déclara-

en déclarant également que les collatéraux ne pourraient être admis à attaquer un mariage que dans les cas déterminés par la loi, comme ceci résultait des dispositions du C. c. et particulièrement de l'article 184 de ce Code.

Les collatéraux ayant formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt, proposèrent à l'appui les deux moyens suivants :

I^o *La Cour de Caen, en déclarant valable un mariage contracté par un interdit, avait violé les articles 146-1108-174 et 502 C. c.*

II^o *Cet arrêt avait également fait une fausse application de l'article 184 C. c. en décidant que le mariage d'un interdit ne pouvait être attaqué par des héritiers collatéraux.*

Leur raisonnement était le suivant :

En ce qui concerne le premier moyen (*Violation des articles 146-1108-174 et 502 C. c.*).

Le consentement est une condition essentielle pour la validité des conventions en général (article 1108). Ce principe est appliqué au mariage avec une vigueur par-

rées nulles. La Cour de Cassation, dans l'arrêt analysé plus loin, refusa d'accepter cette manière de voir. D. 1845-1-98, note 2. Dans cette note, il est expliqué que si la Cour de Cassation se décida, en 1831, dans le sens où elle le fit, ce fut pour une espèce où le Code civil n'était pas applicable ; les faits s'étant passés avant sa promulgation, la Cour avait dû s'appuyer sur la *Coutume de Paris* et l'*Ordonnance de 1731*. (Voir également S. 45-1-246 la note 1).

ticulière par l'article 146 ; il en résulte que l'interdit incapable de consentir est également incapable de contracter mariage. L'on ne saurait répondre à cela qu'un interdit peut contracter mariage dans un intervalle lucide, car le **Code** ne fait aucune distinction. L'article 502 est inflexible ; c'est le violer manifestement que d'admettre une distinction. Enfin, il y a la disposition de l'article 174 : la loi s'est occupée exclusivement du droit d'opposition pour la raison bien simple qu'elle ne voulait en conférer l'exercice qu'à certains collatéraux seulement ; mais elle a laissé à tout intéressé la faculté de demander la nullité du mariage, faculté qui en tout cas dérive du droit d'opposition, autrement ce droit serait illusoire et stérile.

En ce qui concerne le second moyen (*fausse application de l'article 184 du C. c.*)

C'est une erreur que de prétendre que l'article 184 énumère d'une manière limitative les cas de nullités absolues. L'article 184 n'est pas limitatif, on pourrait y faire rentrer certains cas de nullité (1) dont il ne parle pas expressément ; notamment la nullité résultant de l'interdiction doit y être comprise. L'article 180, en

(1) Le pourvoi citait le mariage du mort civilement, celui que l'époux divorcé aurait contracté en contravention aux art. 297 et 298. La mort civile est abolie. L'art. 297 a été abrogé (loi 27 juillet 1884), et remplacé en 1907 (17 juillet) par une toute autre disposition. Enfin l'art. 298 a été abrogé, 15 décembre 1904. Ces cas de nullité n'existent donc plus.

effet, prévoit seulement le cas où le consentement n'a point été libre, mais non le cas où nul consentement n'est intervenu. Appliquer cet article, alors qu'il n'y a pas de consentement possible, ce serait dépouiller l'article 146 de toute sanction. Enfin, avec un tel système, le mariage de l'interdit ne pourrait être attaqué par qui que ce soit, puisque l'interdit, qui seul aurait qualité pour demander la nullité, ne le peut pas, et que l'action des héritiers ne trouverait de base ni dans l'article 180, ni dans l'article 184 (1).

L'on retrouve dans ce pourvoi quelques-uns des arguments propres à la doctrine ; toutefois le raisonnement est différent.

Le rapport auquel donna lieu le pourvoi fut présenté par M. le Conseiller Mestadier. Le Magistrat envisagea tour à tour les deux solutions qui s'offraient à la Cour : celle acceptée par la doctrine et celle de l'arrêt de 1821. Il est utile de résumer ce rapport parce qu'il contient, en faveur de la jurisprudence, des arguments qui doivent être retenus et que l'on retrouvera dans l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 25 juin 1884, ainsi que dans les conclusions que M. l'Avocat Général Desjardins déposa devant la Cour de Cassation à l'occasion du pourvoi qui fut formé contre ce dernier arrêt.

Ce rapport peut se résumer ainsi :

(1) Nous expliquerons bientôt comment la jurisprudence a répondu à cette objection. Cass. 26 février 1890, D. 90-1-290.

« En faveur du pourvoi formé par les collatéraux,
» l'on peut, il est vrai, prétendre : 1^o que, l'époux s'étant
» trouvé en état d'interdiction lorsque le mariage a
» été célébré, il y a lieu d'appliquer l'article 502 C. c.
» qui déclare que les actes passés par un interdit après
» son interdiction sont nuls de droit ; 2^o que le mariage,
» comme tout autre contrat, nécessitant un consentement
» et l'interdit n'ayant pu donner ce consentement, il s'en
» suit une nullité radicale.

» Mais, à cette argumentation, il nous est loisible de
» répondre : le chapitre IV, qui est relatif aux nullités
» de mariage, rend moins absolue la nullité prononcée
» par l'article 502 C. c. ; l'article 180 C. c., en effet, ne
» permet qu'aux époux d'attaquer le mariage qu'ils ont
» contracté sans que leur volonté soit libre. Egalement,
» l'article 184 C. c. restreint le droit des collatéraux
» aux cas qu'il indique. Enfin, les articles 201 et 202
» C. c. font produire des effets civils aux mariages
» déclarés nuls lorsqu'ils ont été contractés de bonne
» foi.

» Nous pouvons encore ajouter : le consentement
» d'un interdit doit être jugé suffisant pour contracter
» mariage lorsqu'il a été donné dans un intervalle lucide.

» D'autre part, la stabilité du mariage intéresse trop
» la société pour que la nullité puisse en être prononcée
» autrement que sur un texte formel et à la requête
» d'autres intéressés que ceux autorisés spécialement
» par la loi à l'invoquer. Certes, il n'y a pas mariage

» lorsqu'il n'y a point de consentement, mais il ne s'en
» suit pas que cette nullité puisse être opposée toujours
» et par toutes personnes. Elle ne peut au contraire
» être invoquée que par les époux, dit l'article 180, et
» dans un délai de 6 mois, ajoute l'article 181.

» Quant à l'article 502, que l'on invoque et qui déclare
» que les actes passés par un interdit après son interdiction
» sont nuls de droit, il n'est pas au Titre du Mariage.
» Dans ce titre, il n'y a qu'un seul article qui parle de
» l'interdit, c'est l'article 174. Or, cet article accorde le
» droit de faire opposition, non celui d'invoquer la nullité.
» Il ne peut être étendu d'un cas à l'autre, car le
» législateur ne place pas sur la même ligne le mariage
» accompli et le mariage projeté, tout au contraire, et
» ainsi que le déclare Locré (*Esprit du Code civil*, tome
» 1^{er}, page 157), « la nullité qui résulte de l'interdiction ou
» du défaut de consentement est réservé aux époux. »

» Enfin, l'article 184 énumère les nullités de mariage
» qui peuvent être invoquées par tous les intéressés
» par le ministère public ; or, comment étendre sa disposition ?
» Le législateur a consacré un chapitre entier aux
» demandes en nullité de mariage ; il en résulte forcément
» que nul ne peut attaquer un mariage hors les cas et
» les délais déterminés par les textes. Le mariage tient
» trop à l'ordre social pour avoir été imprudemment
» livré aux attaques des mauvaises passions. L'article
» 184, le seul sur lequel les collatéraux puissent fonder
» le droit de demander la nullité d'un mariage, est donc
» restrictif et limitatif. »

Ce fut à la suite de ce rapport que la Chambre des requêtes rendit son arrêt rejetant le pourvoi formé par les collatéraux (1).

Voici quels sont, sur notre question, les attendus de cet arrêt :

« *Attendu que si, aux termes de l'article 502, tous actes*
» *passés par un interdit sont nuls de droit, d'après le prin-*
» *cipe général que le consentement est une des conditions*
» *essentielles des contrats, littéralement consacré par l'article*
» *1108, et si l'opposition fondée sur l'état de démence est*
» *autorisée par l'article 174 ; si le même principe est appliqué*
» *au mariage par l'article 146, on ne peut en conclure, ni*
» *que l'interdit soit absolument incapable de contracter*
» *mariage dans les intervalles lucides, ni que cette nullité*
» *puisse être opposée toujours et par toute personne ; elle ne*
» *peut être opposée que par les époux (article 180), et dans*
» *les six mois de cohabitation (article 181).*

» *Attendu que le mariage tient trop essentiellement à*
» *l'ordre social pour avoir été imprudemment livré à tou-*
» *tes les attaques des mauvaises passions ; la nullité ne*
» *peut être prononcée que sur un texte formel, et seule-*
» *ment à la requête de ceux que la loi autorise spécialement*
» *à invoquer ce texte. C'est pourquoi un chapitre entier est*
» *consacré aux demandes en nullité de mariage ; il est*

(1) Cass. Req. 12 nov. 1844, D. 1845, 1-98. S. 45-1-246.
Dans ce dernier recueil se trouvent cités plusieurs arrêts concernant le caractère limitatif et restrictif de l'article 184.

» composé de 23 articles et tous les droits y sont prévus ;
» d'où il résulte que l'article 184, le seul qui admette tous
» ceux qui ont un intérêt à attaquer un mariage, est essen-
» tiellement restrictif et limitatif. On ne peut l'étendre
» d'un cas à un autre.

Ainsi cet arrêt, outre qu'il écarte l'article 502 (ce qui n'est pas le point le moins essentiel) et pose à nouveau le principe du caractère restrictif et limitatif de l'article 184, contient implicitement cette règle d'interprétation des articles 146 et 180, qui sera énoncée bientôt plus clairement et sera développée jusqu'en ses conséquences :

« La sanction du principe énoncé à l'article 146 se
» trouve dans l'article 180, qui n'est que le complément
» du premier article et qui prévoit par conséquent à la fois
» la nullité pour l'absence de consentement de la part
» des époux, et celle résultant du défaut de liberté de ce
» consentement. Ces articles traitent les deux nullités
» de la même façon et les soumettent à un régime
» unique. »

* * *

Après cet arrêt, qui trouvait des raisons si décisives pour refuser l'action aux collatéraux, et dont la décision était basée sur des principes propres au mariage et indiscutés, il semblait que la question du droit pour les collatéraux d'invoquer la nullité de mariage pour cause de démence était définitivement jugée. Pourtant elle allait être soumise de nouveau aux tribunaux. La théo-

rie de l'inexistence commençant à dominer dans la doctrine, peut-être espérait-on qu'elle arriverait à pénétrer dans la jurisprudence. Quoiqu'il en soit, en 1852 et en 1853, deux Cours d'appel eurent à se prononcer sur la recevabilité de l'action des collatéraux.

La première, la **Cour de Colmar** se prononça dans le sens de la jurisprudence de la Cour de Cassation. La seconde, au contraire (**Cour d'Alger**), se décida en sens contraire et reconnut aux collatéraux le droit d'invoquer la nullité. Enfin, en 1887, sur un pourvoi formé contre un arrêt de la **Cour de Bordeaux** et admis par la Chambre des requêtes, la **Chambre civile de la Cour de Cassation** se prononça nettement dans le sens de la jurisprudence antérieure. L'arrêt qu'elle rendit (9 novembre 1887), ainsi que celui de la Cour de Bordeaux qui avait motivé le pourvoi, sont célèbres. Ce sont eux qui contiennent de la façon la plus complète et la plus nette tous les principes qui ont servi à la jurisprudence pour étayer sa solution et la justifier.

Les arrêts de la Cour de Colmar (1) (27 février 1852) et de la Cour d'Alger (2) (21 avril 1853), sont sans grand intérêt. Dans le premier, qui refusa l'action aux collatéraux, c'est, à quelques arguments près, la confirmation pure et simple de la jurisprudence de la Cour de Cassation. L'on y voit, en effet, indiqué que le mariage étant

(1) C. Colmar 27 février 1852. D. 52-2-260. S. 52-2-488.

(2) Cour d'Alger, 21 avril 1853, D. 55-2-342. S. 54-2-244.

le contrat le plus important de la vie civile, il ne doit y être porté atteinte qu'avec la plus grande circonspection. Le législateur, y est-il dit, qui l'environne de toute sa sollicitude, a déterminé avec précision les cas de nullités, les qualités des personnes admises à s'en prévaloir, la durée, les déchéances des actions.

L'on y lit encore à peu près ceci : D'après l'article 184, les mariages qui peuvent être attaqués par tous ceux qui y ont intérêt sont ceux contractés en contravention aux articles 144-147-161-162-165. Dans cette énumération ne se trouve pas l'article 146, qui vise incontestablement le cas de défaut de raison aussi bien que ceux de violence ou d'erreur sur la personne ; cette omission de la part du législateur ne peut être que le fait de la réflexion et d'une volonté ; et la conséquence qu'on doit fixer à cette constatation est que la loi refuse aux collatéraux le droit d'attaquer, pour cause de démence, le mariage de leurs parents décédés.

Cet arrêt fait toutefois remarquer qu'il existe bien, en dehors de l'article 184, un cas de nullité que peuvent opposer les collatéraux, celui où le mariage n'a pas été célébré publiquement ; mais que ce cas peut être considéré comme prévu par l'article 191, tandis que nul texte du Code ne confie aux collatéraux le droit de demander pour cause de démence la nullité du mariage de leurs parents.

Le second arrêt, celui que la Cour d'Alger rendit le 21 avril 1853, et qui, confirmant un jugement du tribunal correctionnel d'Alger, accorda aux collatéraux le droit de

se prévaloir de la nullité du mariage par absence de consentement d'un époux, énonce à l'appui de la décision qu'il contient quelques-uns des principes et raisons que l'on retrouve dans la théorie classique.

Ainsi il indique que la disposition de l'article 180 est inapplicable au cas où le mariage est attaqué pour défaut absolu de consentement, ce dernier cas étant visé par l'article 146. Il en tire cette conséquence : aucune disposition ne refusant, en ce dernier cas, aux collatéraux, comme à tout autre y ayant intérêt, la faculté de repousser par les voies légales le prétendu acte de mariage qui préjudicie à leur droit, on doit reconnaître que la nullité peut être demandée par toute personne.

Le mot inexistence n'est pas employé, mais l'idée y est exprimée. On y parle de « *prétendu mariage* » et l'on accorde la nullité à tout intéressé.

* * *

Nous arrivons ainsi aux arrêts de la **Cour de Bordeaux** et de la **Chambre civile de la Cour de Cassation**, rendus l'un le 24 juin 1884 (1), l'autre le 9 novembre 1887 (2).

Nous venons de voir où en était la jurisprudence avant 1884. La question du droit pour les collatéraux d'attaquer le mariage de leurs parents déments était encore,

(1) Bordeaux, 25 juin 1884, D. 88-1-162. S. 84-2-201.

(2) Cass. civ., rejet 9 nov. 1887, D. 88-1 161. S. 87-1-461.

malgré les arrêts décisifs de la Cour de Cassation rendus en 1821 et 1844, soumise aux tribunaux et diversement jugée. On pouvait cependant considérer qu'il y avait sur cette question une jurisprudence suffisamment ferme, représentée par les décisions de la Cour de Cassation et la plupart de celles des autres tribunaux. Seules quelques Cours d'appel ne consentaient pas à accepter les raisons que la Cour de Cassation avait de refuser l'action aux collatéraux et se prononçaient en sens contraire. La jurisprudence en était à cette étape, lorsque la Cour de Bordeaux eut à prendre partie sur la question. Le Tribunal civil de Bordeaux ayant refusé aux collatéraux le droit à l'action, elle confirma le jugement de ce tribunal contrairement aux conclusions que M. le Procureur Général Alphandery prit à l'audience. Cet arrêt, qui fut rendu toutes Chambres réunies, est célèbre. La Cour de Bordeaux ne s'est pas contentée d'y interpréter l'article 184 et de refuser l'action aux collatéraux en vertu des dispositions de cet article et des principes qui le dominent. Elle a envisagé d'une façon générale la nullité résultant de l'absence de consentement des époux. Pour préciser la nature de cette nullité et les règles qui s'y appliquent, elle est remontée aux principes qui régissent les nullités de mariage et s'est arrêtée, pour la repousser, à la théorie de l'inexistence. Ensuite elle a donné des articles 146 et 280 une interprétation toute différente de celle présentée par la doctrine et a justifié cette interprétation au moyen de principes incontestés, en invoquant l'intel-

ligence des textes ainsi que des raisons d'ordre pratique et d'ordre social et moral. Un pourvoi en cassation ayant été formé contre cet arrêt, la Cour suprême eut à se prononcer de nouveau ; elle le fit d'une façon plus concise que la cour de Bordeaux, mais non moins catégorique et décisive.

En conséquence, analyser et commenter les arrêts des 25 juin 1884 et 9 novembre 1887, faire l'historique du pourvoi qui amena la Cour de Cassation à prononcer ce dernier arrêt, c'est exposer toute la théorie que, relativement aux effets de l'absence de consentement des époux dans le mariage, la jurisprudence a dressée en face de celle de la doctrine classique.

Voici en premier lieu comment le débat s'était engagé et quel jugement fut soumis à la Cour d'appel de Bordeaux :

Un sieur Desmoulins avait épousé, en août 1879, une demoiselle Rancy, sans qu'il fut dressé de contrat de mariage. Environ un mois après la célébration du mariage, il lui avait fait donation de l'usufruit de tous les biens qu'il laissait à son décès. Un an plus tard, il avait ajouté à cette donation d'usufruit celle de la nue propriété des mêmes biens. Il était décédé en 1883, au cours d'une procédure en interdiction introduite contre lui par son frère. Ce dernier avait assigné la veuve devant le tribunal de Bordeaux, auquel il avait demandé de déclarer le mariage inexistant pour cause d'insanité d'esprit et de démence du *de cujus*, et subsidiairement pour cause de clan-

destinité. Il avait en outre conclu à la nullité des donations et demandé, au nom de ses enfants, l'exécution d'un testament qui les instituait légataires universels. La veuve avait répondu en soutenant que le droit d'invoquer la nullité du mariage n'appartenait pas aux collatéraux.

La question principale qui se posait et qui dominait toutes les autres, la seule au surplus dont nous ayons à nous occuper, était donc le point de savoir si le droit à la nullité devait être reconnu ou non aux collatéraux. Le Tribunal civil de Bordeaux avait répondu négativement, et en conséquence avait débouté le demandeur de toutes ses prétentions.

L'affaire vint devant la Cour de Bordeaux et fut l'objet de conclusion de la part de M. le Procureur général Alphandery, qui soutint la recevabilité de l'appel (1) et conclut à l'admission des collatéraux aux droits d'invoquer la nullité du mariage résultant de l'absence de consentement des époux. Il le fit de la façon suivante.

Après avoir posé la question de la recevabilité ou de l'irrecevabilité de l'action, il analyse le jugement du Tribunal civil de Bordeaux et le montre justifiant, implicitement, le refus d'accorder l'action aux collatéraux de la même façon que l'avaient déjà fait les arrêts du 9 janvier 1821 et 12 novembre 1844 (2). Il constate ainsi que la ju-

(1) S. 84-2-201.

(2) Le Tribunal civil de Bordeaux, en effet, s'était fondé sur les articles 180-184-191, C. c., pour décider : 1^o que l'article 180 ne

risprudence se résume en quelques principes ; ces principes il les indique, et à toutes les considérations qui servent à les justifier il oppose l'article 146. Il affirme que l'énergique concision de cet article suffit à répondre à tous les arguments et il tâche de le prouver :

I^o Il voit posé, dans l'article 146 C. c., le principe déjà contenu pour tous les contrats dans l'article 1108 C. c. D'après cet article 146, fait-il remarquer, le mariage est nul s'il n'y a point de consentement. Il ne peut donc jamais produire d'effets. Inexistant en principe, il est le néant ; on ne peut le confondre avec la nullité relative résultant des vices du consentement et dont il est question dans l'article 180. Les articles 146 et 180 prévoient donc deux cas de nullité bien différents ; et il y a entre les deux articles toute la différence qui existe entre la contrainte du consentement et l'impossibilité de consentir.

II^o Cette démonstration faite, il aborde les objections qui sont faites à sa théorie : arguments tirés de l'historique de la rédaction de l'article 146 ou des dispositions des articles 502-184-174 ; et il montre que ces objections se retournent contre ceux qui les invoquent. L'historique de la rédaction de l'article 146, dit-il, prouve que le législateur a voulu empêcher toute équivoque et bien distinguer

reconnaît qu'aux époux le droit d'attaquer le mariage contracté sans leur libre consentement ; 2^o Que les articles 184 et 191 énumèrent limitativement les cas où le droit de proposer les nullités est accordé aux collatéraux.

les cas d'absence de consentement de celui de défaut de liberté. Quant au raisonnement tiré par la jurisprudence des articles 174 et 184, il est faux ; car l'on confond alors deux situations qui ne sont pas les mêmes : le droit de s'opposer au mariage et le droit de faire établir qu'un mariage n'a jamais existé. L'on oublie, au surplus, que le législateur n'a pas eu à réglementer l'inexistence et qu'il s'est occupé seulement dans le chapitre IV et par conséquent dans l'article 184, des nullités de mariage qui sont réparables.

Et M. l'Avocat général Alphandery conclut à la nécessité, au point de vue moral, de repousser la jurisprudence de la Cour de Cassation.

En somme, ces conclusions constituaient une défense du système de la doctrine classique et tendaient à faire reconnaître par la Cour de Bordeaux la conception de l'inexistence pour le mariage et spécialement pour le cas d'absence totale du consentement des époux. La Cour repoussa nettement cette manière de voir et rendit un arrêt qui, n'admettant pas le système de la doctrine, lui en opposait un autre tout différent dans son principe et dans ses conséquences.

C'est ce dernier système contenu dans cet arrêt que nous allons tâcher de faire apparaître.

La Cour de Bordeaux a, dans son arrêt, posé les principes suivants, ainsi que les conséquences qui en découlent :

« 1^o L'article 146 portant qu'il n'y a pas mariage s'il

» n'y a point de consentement, comprend dans son principe tous les cas où le consentement n'est pas valable pour quelques causes que ce soit : absence ou vices du consentement.

» II^o L'idée d'inexistence ne peut s'appliquer au mariage privé du consentement des époux. D'après une règle générale de droit, les nullités, fussent-elles absolues et substantielles et même d'ordre public, n'existent pas de plein droit. Les actes qu'elles vicient conservent tous leurs effets tant qu'ils n'ont pas été annulés (1). Cette règle s'appliquant au mariage et le mariage existant en fait dans le système du C. c. dès qu'il y a eu un acte constatant la célébration, en définitive tout aboutit à une action en nullité.

(1) M. Planiol s'est étonné d'entendre la jurisprudence faire une telle affirmation. « *On eut, sans doute, écrit cet auteur (op. cit., tome I, n^o 334), bien embarrassé le rédacteur de cet arrêt si on lui avait demandé quelle est cette règle générale du droit dont il affirme ainsi l'existence, d'où elle vient, et qui en a donné la formule.* » Il est cependant possible, croyons-nous, de préciser cette règle qu'a voulu rappeler la Cour de Bordeaux. Elle n'est autre que celle qui découle de ce principe non contesté suivant lequel « *Nul ne peut se faire justice à soi-même* ». En fait, il est bien rare qu'une nullité soit si évidente que tous ceux qu'elle intéresse en reconnaissent l'existence et y fassent droit. Pratiquement, le titulaire d'une nullité est toujours obligé de s'adresser à la justice pour faire respecter son droit. Nous pensons que c'est ce qu'a voulu rappeler l'arrêt. Nous n'en voulons pour preuve que certaines paroles de M. l'Avocat général Desjardins, qui, lors du pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Bordeaux, défendit les attendus

» **III**^o Les articles 180-181 se reliaient à l'article 146
» dont ils ne sont que le développement et la sanction. Ceci résulte de ce que le législateur a, dans le chapitre IV
» du Titre V du C. c., rassemblé et classé dans un ordre
» de logique toutes les nullités de mariage et réglé l'exercice de chacune séparément. Ceci résulte encore de ce
» que le système de division du chapitre IV correspond
» à celui du chapitre I^{er} relatif aux qualités et conditions
» requises pour pouvoir contracter mariage.

» **IV**^o L'article 180 fait de l'action en nullité, basée
» sur un défaut ou sur un vice du consentement, une
» action exclusivement personnelle aux deux époux.

» **V**^o Les collatéraux ne sont recevables à attaquer le
» mariage de leurs parents que dans les cas prévus aux
» articles 184 et 191, et l'article 146 n'étant pas compris
» dans l'énumération faite à l'article 184, il s'en suit que
» les collatéraux n'ont pas le droit d'attaquer le mariage
» pour cause de démence, pas plus que pour cause de
» violence ou d'erreur.

de cet arrêt. « Est-ce que toutes ces déclarations de nullités, fit-il remarquer, nul ne pouvant se faire justice à soi-même, n'aboutissent pas, y compris celle de l'article 146, à une action en nullité? Est-ce qu'une question de recevabilité ne se pose pas aussitôt? Et par la force des choses? Il faut que quelqu'un exerce cette action en nullité. » (S. 87-1-461). Reste à savoir si le rôle du juge est bien toujours le même et si l'action en justice ne varie pas suivant la nature de la nullité. Nous indiquerons plus tard notre manière de voir sur ce point. (Voir JAPIOT, *op. cit.*, 2^e Partie, pp. 333 et s. et 338, etc.)

» **VI^o** Enfin, en ce qui concerne spécialement la démen-
» ce, cette cause de nullité de mariage a été spécialement
» envisagée par le législateur qui a su concilier dans une
» juste mesure l'intérêt de la famille collatérale avec le
» principe de la stabilité du mariage. Il a accordé, par
» l'article 174, aux collatéraux les plus proches, le droit
» de faire opposition au mariage en leur imposant le
» devoir corrélatif de provoquer l'interdiction. La loi
» a voulu que l'état de démence prétendu fut judiciaire-
» ment établi avant le mariage et qu'il fût obstacle à la
» célébration s'il était constaté. Cet intérêt n'existe plus,
» ou est censé ne plus exister après la célébration du ma-
» riage où toutes les apparences sont en faveur de la vali-
» dité.

» Du rapprochement des articles 174 et 184 il résulte
» que toute contestation du mariage pour cause de dé-
» mence est fermée aux collatéraux postérieurement à la
» célébration ; pour eux ainsi que pour les ascendants
» la voie de l'opposition est exclusive de l'action en nulli-
» té. »

Ces principes, la Cour de Bordeaux les a amplement justifiés, tant par des arguments de texte que par des raisons tirées de l'intérêt de la famille et de la société. Voici le raisonnement qu'elle a suivi pour arriver à poser les idées qu'elle défend et à refuser l'action en nullité aux collatéraux.

On doit, a-t-elle répondu, considérer que l'article 146 vise à la fois les cas d'absence et de vices de consente-

ment. Il est inexact de prétendre qu'il ne s'applique qu'à des cas d'inexistence de mariages et que l'action qui en résulte diffère par sa cause, ses termes et ses effets de celle des articles 180 et 181. En effet, le texte de l'article 180 contient deux paragraphes distincts dont chacun se réfère à l'une des deux causes susceptibles d'invalider le consentement : le défaut de liberté et l'erreur. En ce qui concerne le défaut de liberté, la loi ne précise nullement la cause destructive de cette liberté. Elle ne fait aucune distinction et vise par conséquent la démence comme toute autre cause, puisque la démence est exclusive du consentement : le consentement, expression de la volonté, ne pouvant, en effet, exister sans l'intelligence et la liberté.

Les termes des articles 180 et 181 sont d'ailleurs suffisamment explicites, surtout lorsqu'on les éclaire par l'historique de leur rédaction : les mots « *consentement libre* » et « *pleine de liberté* », écrits dans l'article 180 et répétés dans l'article 181, doivent être pris dans leur acception la plus large. Dans la pensée du législateur, ils comprenaient non seulement la violence et la contrainte, mais toute cause, physique ou morale, destructive de la volonté, particulièrement la démence. En effet, si l'on prend les travaux préparatoires de la rédaction du Code, l'on voit que le Tribunal substitua, dans l'article 180, les mots « *dont le consentement n'a pas été libre* », aux mots « *dont le consentement aura été forcé* », en expliquant ainsi cette modification : « Ce

léger changement rendra mieux la pensée tout entière de la loi, vu que la disposition s'appliquera, dès lors, plus clairement au défaut de liberté morale comme au défaut de liberté physique. » Le discours du tribun Boutteville, qui fut le dernier mot de la discussion, est encore plus explicite. Après avoir énuméré tous les cas auxquels se réfère l'article 180 (le défaut de la liberté, la violence, l'erreur, l'infirmité du sourd-muet), l'orateur conclut ainsi : « *Point de consentement, conséquemment de consentement parfaitement libre, point de mariage; ce fanal dirigera bien plus sûrement les juges que les idées métaphysiques ou complexes qui pourraient ne faire que les embarrasser ou les égarer.* » Et déjà, dans l'exposé des motifs, Portalis avait dit : « *Le langage de la loi ne pouvant être celui de l'école, en conséquence nous avons appliqué à chaque nullité de mariage les règles qui leur sont propres; une des premières causes qui peuvent faire annuler le mariage est le défaut de liberté.* »

Il est donc certain qu'en adoptant des formules générales et concises pour la rédaction des articles 146, 180, 181 C. c., le législateur a voulu débarrasser le tribunal de la distinction entre les mariages inexistantes et les mariages nuls, confondre dans une même action toutes les causes d'inexistence et d'annulabilité, et par les articles 180 et 181, assurer à l'article 146 tous ses effets et toutes les sanctions pour tous les cas.

Les partisans de l'idée d'inexistence du mariage prétendent bien que les articles 180 et 181 étant basés sur

le principe de la ratification possible du mariage par les époux, l'on ne peut les appliquer au mariage qui est inexistant, comme cela se produit au cas de démence, le mariage inexistant ne pouvant, en effet, être ratifié. Il suffit, pour écarter leur objection, de répondre que sans doute, en théorie pure, le mariage qui est inexistant pour défaut de consentement ne peut être ratifié ni validé, mais en fait et en pratique il n'est pas impossible, en raison même de l'objet et du but du mariage, si différents de l'objet et du but de tous les autres contrats, qu'après une cohabitation de 6 mois, ce mariage se forme et acquiert une existence. Dans la volonté de la loi, le fait de la cohabitation remplace le consentement absent à l'origine. Cette ratification n'est d'ailleurs pas plus impossible dans le cas de démence que dans le cas de violence ou d'erreur. En effet, dans le principe de notre législation, le dément, interdit ou non, étant reconnu capable de consentir au mariage dans *un* intervalle lucide, peut conséquemment le ratifier dans les mêmes conditions. C'est là une question de fait abandonnée à la sagesse et à la prudence des tribunaux.

L'absence du consentement étant donc comprise dans les termes de l'article 180, et cet article édictant comme sanction une nullité relative, d'autre part les articles 184 et 191 énumérant tous les cas de nullités que les collatéraux sont recevables à invoquer et l'article 146 n'étant pas compris dans l'énumération faite par l'article 184, il en résulte que les collatéraux

n'ont pas le droit d'attaquer le mariage, pour cause de démence pas plus que pour cause de violence ou d'erreur.

Cette exclusion des collatéraux, qui résulte de l'application des principes, se justifie au surplus par les plus sérieuses considérations : on ne doit pas livrer à d'autres qu'aux époux la discussion d'un consentement qui a pour mobile les sentiments les plus mystérieux et les plus sacrés de la conscience et du cœur. Le mariage ayant pour les époux des suites ineffaçables et la naissance des enfants y ajoutant des effets irrévocables, l'annulation de ce contrat a toujours été considérée comme une funeste atteinte à la famille et à la société. La défaveur qui s'attache à l'intervention des collatéraux est traditionnelle dans le droit, et la préoccupation constante du législateur, en cette matière, a été de l'écarter ou de la restreindre en faisant prévaloir l'intérêt social qui réclame le maintien du mariage sur les intérêts privés qui peuvent s'attacher à son annulation.

Enfin, lorsque la cause de l'absence de consentement est la démence, pour refuser l'action aux collatéraux l'on peut encore s'appuyer sur l'article 174. Si le législateur a, par cet article, accordé aux collatéraux le droit de faire opposition au mariage du dément avec le devoir corrélatif de provoquer l'interdiction, c'est parce qu'il a voulu que l'état de démence prétendu fût judiciairement établi avant le mariage et qu'il fit obstacle, s'il était constaté, à sa célébration.

Le caractère important du mariage et l'intérêt social lui ont paru exiger que la démence soit constatée avant la célébration, à la diligence des plus proches parents du dément et contradictoirement avec ce dernier. Il lui a semblé qu'une fois le mariage célébré, le droit d'invoquer la nullité devait être refusé aux collatéraux, parce que toutes les présomptions étaient en faveur de la régularité et de la validité du mariage et concouraient à en assurer le respect. L'absence d'opposition de la part des ascendants et des collatéraux n'implique-t-elle pas que la volonté des époux a été suffisamment réfléchie et acceptée par leurs proches, et le concours de l'officier de l'état civil ne prouve-t-il pas qu'au moment solennel de la célébration, cette volonté s'est manifestée librement et intégralement ?

*
* *

Tels sont les principes et les arguments que contient l'arrêt de la Cour de Bordeaux. Leur ensemble permet de construire une théorie complète sur les effets de l'absence de consentement des époux dans le mariage ; car on y trouve analysées les quatre questions qui résument toutes celles que peuvent soulever les nullités : la question de la nécessité de l'action en justice, celle de l'étendue de cette action quant aux personnes, celles enfin de la ratification et de la prescription. Le principe de l'inexistence est écarté, la nécessité de l'action en justice est reconnue et l'assimilation de la nullité pour absence

de consentement avec celle provenant d'un vice du consentement aboutit à faire de la première une nullité relative, ratifiable, ne pouvant être invoquée que par certaines personnes et pendant un court délai seulement.

Voilà pour ce qui est de l'arrêt de la Cour de Bordeaux. Quant à l'arrêt de la Cour de Cassation, c'est, sinon dans les termes qui sont surtout plus concis, du moins dans l'idée, la répétition de celui que nous venons d'analyser. Nous allons le montrer très brièvement ; mais avant nous devons nous arrêter quelques instants aux conclusions que M. l'Avocat général Desjardins prit devant la Cour de Cassation. Ce magistrat défendit la solution de l'arrêt de la Cour de Bordeaux. Il est utile de connaître les raisons qu'il donna et qui parurent convaincantes à la Chambre civile (1).

Le pourvoi qui avait été formé contre l'arrêt de 1884 était basé sur la violation de l'article 146 et la fausse application des articles 180, 184, 174.

La Chambre des requêtes avait admis le pourvoi afin que la Chambre civile eût à se prononcer définitivement

(1) Ces conclusions sont rapportées sous l'arrêt de Cass. du 9 novembre 1887 au Sirey 87-1-461. On trouvera également, dans ce recueil, le rapport dont le pourvoi fut l'objet de la part de M. le Conseiller-Greffier. Dans ce rapport, tous les arguments qui existent en faveur de la doctrine classique y sont exposés. La partie intéressante est celle où M. le Conseiller-Rapporteur recherche si l'on peut, avec certitude, tirer des travaux préparatoires et de la rédaction de l'article 146 quelques arguments en faveur de l'une ou l'autre thèse. Il évite de se prononcer.

sur la question et à décider, la jurisprudence antérieure ayant donné lieu à de nombreuses critiques de la part de la doctrine, si elle devait revenir sur sa propre jurisprudence et reconnaître, comme le voulait cette doctrine, le droit à l'action pour les collatéraux, ou si, au contraire, elle consacrerait, une fois de plus, le principe qu'elle avait déjà admis en 1821 et 1844.

C'est ainsi que la question se posait devant la Chambre civile, et c'est ainsi que la présenta M. l'Avocat général Desjardins. Il étudia donc, en premier lieu, la théorie de la doctrine classique et dressa en face le système qui résultait de la jurisprudence et qu'il soutint.

Voici son plan :

I^o Il pose la question, rappelle qu'il y a déjà une jurisprudence représentée principalement par les arrêts de la Cour de Cassation des 9 janvier 1821 et 12 novembre 1844.

II^o Ceci fait, il repousse la conception de la doctrine et défend la jurisprudence.

A) Pour cela, il résume d'abord le système doctrinal, en en rappelant ses principes.

B. Puis il prend la jurisprudence antérieure de la Cour de Cassation, qui lui semble victorieusement repousser la doctrine, et il la défend. Pour ceci, il fait les remarques suivantes :

1^o Comme M. le Conseiller Mestadier le fit très justement observer en 1844 : « Sans doute, il n'y a point de mariage s'il n'y a pas de consentement, mais ceci ne veut point dire que les nullités pourront être oppo-

sées toujours et par toutes personnes ». Au surplus, toute nullité, quelle qu'elle soit, doit toujours être prononcée en justice.

2° Si l'on admet ce premier principe, puisqu'aucune nullité ne peut exister de plein droit, la distinction que fait la doctrine entre le mariage inexistant et le mariage nul perd de son intérêt par le fait que le législateur a tracé des règles propres au mariage et a organisé lui-même, dans le Chapitre IV, aussi minutieusement, aussi rigoureusement qu'il l'a pu, une théorie des nullités et des actions en nullité de mariages.

3° D'après l'article 180 C. c., le mariage contracté sans le consentement libre des époux ou de l'un d'eux ne peut être attaqué que par les époux ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, et encore la demande n'est-elle plus recevable (art. 181) toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continue pendant six mois depuis que l'époux a recouvré sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue. Le législateur n'ayant pas distingué dans ces articles entre le défaut du consentement et les vices du consentement, il s'ensuit que l'oblitération de la volonté par la folie et, par exemple, l'oblitération de la volonté par violence physique ou morale ont été placées sur la même ligne.

4° Puisque toutes les nullités, y compris celles de l'article 146, aboutissent à une action en justice par application du principe que nul ne peut se faire justice à soi-même, une question de recevabilité se pose aussi-

tôt, et par la force même des choses quelqu'un doit exercer l'action pour que la nullité produise ses effets. Or, en ce qui concerne le droit d'invoquer les nullités de mariage, l'on sait quelles sont les formules restrictives qu'emploie le **Code** dans son Chapitre IV du titre V. Le Mariage ne peut être attaqué que par... » (art. 180 et 182).

C) Après avoir ainsi indiqué les raisons qui lui paraissent devoir justifier pleinement les arguments de la jurisprudence, M. l'Avocat général Desjardins aborde les objections que la doctrine fait à cette jurisprudence et les réfute.

La doctrine, il est vrai, fait-il remarquer, se prévaut des travaux préparatoires de l'article 146, mais peut-on affirmer que ces travaux soient suffisamment clairs pour qu'on puisse, sans se tromper, dire quelles ont été les idées et la volonté des rédacteurs, lorsque l'on voit des auteurs comme Merlin invoquer également ces travaux préparatoires pour justifier des opinions nettement opposées à celles de la doctrine ? Et cette divergence d'interprétation ne suffit-elle pas à prouver que les travaux préparatoires ne sont pas décisifs ? C'est à tort que la doctrine fait grand cas de cette phrase du Premier Consul, prononcée à propos de la rédaction de l'article 146 : « L'on a distingué deux cas dans la discussion : 1^o Il n'y a pas de mariage à défaut de consentement devant l'officier de l'état civil, et si l'on a écrit que la femme

a dit oui quand elle a dit non ; 2° Si la femme ayant dit oui prétend ensuite avoir été forcée, il y a mariage ; mais il peut être annulé. » Il n'y a rien d'analogue entre le mariage effectivement contracté par une personne qui ne possède pas toutes ses facultés intellectuelles et le mariage non contracté par une personne qui n'a pas dit oui devant l'officier de l'état civil. Dans cette dernière hypothèse, il est vrai de dire qu'il n'y a même pas l'apparence d'un mariage, car il n'y a pas lieu d'apprécier la validité d'un consentement qui a été refusé.

En résumé, le Premier Consul, pour distinguer entre le mariage inexistant et le mariage nul, ne s'est pas placé au même point de vue que les commentateurs du Code.

D) Enfin, M. l'Avocat général conclut en montrant que l'interprétation de l'article 146 par la jurisprudence n'est pas seulement la plus conforme aux textes, mais qu'elle est encore la plus équitable, la plus en rapport avec les intérêts de la famille et de la société.

Le développement qu'il donne à ces dernières considérations est assez vaste. Nous ne voyons aucune utilité à les rapporter. Ce sont, sous un autre aspect, les mêmes arguments que ceux que nous avons rencontrés dans les arrêts que nous avons analysés. Le seul point important de ce développement est celui où il est démontré que la question de savoir si l'un des contractants a été dans la complète impossibilité de consentir, est souvent complexe et délicate. La démente a des degrés, fait remarquer le magistrat. Lorsque la doctrine

parle de néant pour le mariage privé de consentement des époux, elle se trompe. Il y a souvent des apparences sérieuses qui donnent au mariage tous les caractères de la validité ; et, au surplus, le juge, lorsqu'il sera obligé de rechercher s'il y a vraiment démence, aura un rôle qui ne sera pas bien différent de celui qu'il remplit lorsqu'il est obligé de dire jusqu'à quel point la liberté d'un de ses contractants a été paralysée par la violence. Il y a, en effet, des violences qui elles aussi suppriment, pour un moment, jusqu'à la faculté de discerner, jusqu'à la faculté de vouloir.

Voici quelles furent, dans leurs grandes lignes, les conclusions de M. l'Avocat général Desjardins.

Si maintenant nous allons à l'arrêt que rendit la Cour de Cassation, nous retrouvons, exprimé dans une formule plus brève, plus concise il est vrai, l'ensemble des principes contenus tant dans l'arrêt de la Cour de Bordeaux que dans les conclusions de M. l'Avocat général Desjardins.

L'on découvre en effet, dans cet arrêt, les arguments suivants :

I^o Le législateur a spécifié, au chapitre 1^{er} du Titre du Mariage, les conditions substantielles de la validité de l'union conjugale, à savoir : l'âge, le consentement des époux, la dissolution de tout mariage antérieur, le consentement des ascendants et du conseil de famille.

II^o L'article 146, qui se trouve dans ce chapitre 1^{er}, comprend à la fois le cas où le consentement est le résultat d'une volonté oblitérée par la démence, et celui

où il n'est donné qu'à la suite soit d'une erreur sur la personne, soit de violences physiques ou morales exercées sur l'un des époux. Dans aucune de ces circonstances le consentement ne peut être appelé l'expression d'une volonté certaine et libre, capable d'engendrer un engagement formant un lien légal entre les parties.

III^o Pour assurer l'exécution des prescriptions édictées au chapitre I^{er}, le législateur a formellement indiqué dans le Chapitre IV, où il trace les règles propres aux demandes en nullité des mariages, les personnes qui pourraient attaquer les mariages contractés en contravention des dites prescriptions.

Ce dernier principe posé, l'arrêt le développe et démontre qu'en premier lieu les collatéraux ne sont pas mentionnés dans les articles 180, 181, 182 et 185, qui déterminent les qualités requises des demandeurs, les conditions et les délais de l'action en nullité soit au cas de défaut de consentement valable et libre des époux, soit pour les hypothèses dans lesquelles les ascendants ou le conseil de famille n'ont point donné leur consentement alors qu'il était nécessaire. L'arrêt rappelle ensuite que la disposition de l'article 184, qui concerne la demande en nullité de mariage contracté au mépris des prohibitions touchant à l'âge des époux, à l'existence d'un premier mariage et au lien de parenté ou d'alliance, et qui est le seul article du chapitre IV accordant à tous ceux qui y ont intérêt ainsi qu'aux époux et au ministère public le droit d'invoquer la

nullité du mariage, est restrictive et limitative ; que le droit pour tout intéressé d'attaquer le mariage nul existe seulement pour les cas de nullité résultant des articles 144, 147, 161, 162, 163, et que l'article 146 ne figure pas dans cette énumération. Il conclut : « Ce serait violer le caractère restrictif et limitatif de l'article 184 que d'attribuer qualité aux collatéraux pour demander la nullité d'un mariage contracté sous l'empire soit de l'erreur, soit de la violence, ou sans le consentement des père et mère ou autres ascendants. »

*
* *

Après cet arrêt, l'on peut affirmer qu'en jurisprudence, au moins en ce qui concerne les collatéraux, la question du caractère de la nature de la nullité résultant de l'absence du consentement des époux dans le mariage était définitivement jugée ; et, en effet, depuis 1887, elle n'a plus été portée devant les tribunaux par des héritiers collatéraux.

Mais cependant, comme jusqu'à nos jours la question s'était toujours présentée sous le même aspect, n'avait jamais été exercée que par des parents collatéraux, sauf une seule fois en 1889, où l'action fut formée par le tuteur de l'interdit, l'on pensait que, si la jurisprudence s'était prononcée pour le refus de l'action, c'était sinon exclusivement, mais surtout parce que l'action des collatéraux était vue avec une extrême défaveur. Certains affirmaient donc que les tribunaux pourraient bien se

prononcer en sens contraire si jamais le demandeur, au lieu de se trouver un parent éloigné de l'époux dont le consentement aurait fait défaut, était une toute autre personne, notamment le conjoint de cet époux.

Le Tribunal civil de la Seine vient, semble-t-il, de leur donner un démenti. En effet, comme nous l'avons indiqué au début de notre étude sur la jurisprudence, tout récemment l'époux d'une démente a demandé la nullité de son mariage avec cette personne, en basant son action sur l'absence de consentement de son conjoint au jour de la célébration. Le Tribunal civil de la Seine a dénié l'action au demandeur pour les mêmes raisons et en vertu des mêmes principes que ceux dont s'est servi la jurisprudence pour repousser l'action des collatéraux (1).

(1) *Tribunal de la Seine*, 20 février 1912. — Voici les principaux attendus de ce jugement :

Attendu que le législateur a spécifié au titre V, chapitre 1^{er} du C. c., les conditions substantielles de l'union conjugale, l'âge, le consentement, la dissolution de tout mariage antérieur, le consentement des ascendants et du Conseil de famille, enfin l'autorisation du gouvernement pour les époux entre lesquels existent certains liens de parenté ou d'alliance ; — Attendu que, pour assurer l'exécution des prescriptions édictées au chap. 1^{er}, le législateur a formellement désigné dans le chap. IV, relatif aux demandes en nullité de mariage, les personnes qui pourraient attaquer les mariages contractés en contravention aux dites prescriptions ; — Attendu qu'aux termes de l'art. 180 le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux ne peut être attaqué que par

Même l'on peut voir énoncer dans ce jugement une idée que nous n'avons pas trouvée dans les décisions antérieures : à savoir que lorsqu'une personne a comparu à un acte, mais n'a pu manifester une volonté consciente, on devrait parler d'incapacité du contractant plutôt que

les époux ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre ; que cette disposition de l'art. 180, spéciale au mariage, n'est que l'application du principe posé dans l'article 1125, applicable à tous les contrats, aux termes duquel les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui elles ont contracté ; — Attendu, il est vrai, que, d'après ses conclusions, l'action de Chaubut aurait pour objet non de poursuivre la nullité du mariage qu'il a contracté et qui serait entâché d'irrégularité, mais de faire constater qu'en l'absence de consentement donné par sa femme, il n'y a pas de mariage dans les termes de l'art. 146. Mais attendu qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, le législateur a spécifié au chap. IV les conditions dans lesquelles les mariages peuvent être déclarés nuls pour défaut ou vice du consentement ; qu'aux termes de l'art. 184, tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux art. 144, 147, 161, 162 et 163 peut être attaqué, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public ; qu'il est à remarquer que dans cette énumération le législateur n'a pas énoncé l'art. 146 relatif au défaut de consentement ; que les règles relatives aux actions en nullité de mariage pour défaut de consentement sont déposées dans les art. 180, 181 et 183 ; qu'aux termes de l'art. 180, l'action en nullité de mariage pour défaut de consentement n'est accordée qu'à l'époux dont le consentement n'a pas été libre.

de l'absence de consentement (1). C'est une idée que nous mettrons plus tard en valeur.

Si les différents recours qui sont ouverts au demandeur contre ce jugement sont exercés — et déjà l'appel a été formé — la Cour de Cassation va se trouver amenée à prendre parti sur le conflit. Tout fait présumer, notamment l'arrêt de 1887, que ce tribunal se prononcera dans le sens du Tribunal civil de la Seine.

On peut donc affirmer que la solution acceptée par

(1) Dans ce jugement, il est dit que « *l'art. 180, spécial au mariage, n'est que l'application du principe posé dans l'art. 1125, applicable à tous les contrats et aux termes duquel les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui elles ont contracté.* » Ainsi présenté, l'argument peut paraître inexact. On pourrait reprocher au jugement de confondre les incapacités édictées par la loi et les incapacités de fait, comme celle résultant de la démence, par exemple. Cependant nous croyons que l'idée est fondée et que présentée autrement elle se justifie: L'art. 180 découle, semble-t-il, du même principe d'équité que celui qui a fait décider, par le législateur, dans l'art. 1125, que la nullité résultant de la minorité, de l'interdiction ou de la situation de femme mariée, serait relative. Dans les deux cas la loi a voulu entourer une des parties de la protection qui lui était nécessaire pour ne pas être lésée. Elle a considéré que la personne qui ne peut exprimer une volonté libre, consciente, éclairée, est dans un état d'infériorité, est un incapable, et que par conséquent elle doit être protégée. C'est cette idée d'incapacité de la personne atteinte de démence que le Tribunal de la Seine a entrevue pour justifier le choix de la nullité relative comme sanction à l'absence de consentement.

la jurisprudence est générale. Nous aurons achevé de le prouver lorsque nous aurons analysé les arrêts de la Cour de Bastia de 1888 et de la Cour de Cassation du 26 février 1890, et que nous aurons dit quelle est, à nos yeux, la portée de ces arrêts accordant au tuteur de l'interdit dément le droit d'invoquer la nullité du mariage pour absence de consentement.

Jusqu'en 1888, nous l'avons déjà indiqué, la nullité résultant de l'absence de consentement n'avait jamais été invoquée que par des héritiers collatéraux de l'époux dont la volonté avait fait défaut, lorsqu'en 1888, un tuteur ayant exercé l'action au nom et pour le compte de l'interdit dément, la Cour de Bastia lui reconnut ce droit. Un pourvoi ayant été formé contre cet arrêt, la Cour de Cassation le lui accorda à nouveau dans un arrêt de rejet rendu par la Chambre civile le 26 février 1890. Les adversaires de la jurisprudence se sont servis de ces arrêts, surtout de celui de la Cour de Bastia, pour prétendre que la jurisprudence, elle-même, avait repoussé le système général que l'on pourrait tirer des arrêts de 1821, 1844, 1884, 1887 (1).

Nous prétendons, au contraire, que la Cour de Cassation n'a nullement abandonné sa jurisprudence antérieure et n'a nullement reconnu à cette jurisprudence

(1) PLANIOL, *op. cit.*, tome 1^{er}, n° 334, note 1 et n° 1010. — CONTRA SALEILLE. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, page 363.

un caractère relatif. Si elle a admis le tuteur au droit d'invoquer la nullité, c'est parce que cette solution lui a semblé conciliable avec les règles suffisamment souples qu'elle avait posées dans ses arrêts antérieurs et aussi parce que le bon sens et l'équité l'imposait.

C'est ce que nous allons tâcher de prouver :

L'arrêt dont la Cour de Cassation eut à connaître en 1890, avait été rendu le 8 février 1888 (1) par la Cour de Bastia. Les raisons pour lesquelles cette cour avait donné au tuteur de l'interdit dément le droit d'invoquer la nullité du mariage au nom et pour le compte de ce dernier étaient les suivantes (nous devons les diviser en deux paragraphes bien distincts, car elles sont de deux sortes) :

1^o Si l'on ne peut contester que de toute la jurisprudence antérieure il ressort ce principe que la *nullité d'un mariage contracté par un individu en état d'aliénation mentale ne peut être intentée aux termes de l'article 180 par aucune autre personne que l'époux lui-même*, l'on doit remarquer cependant que cette jurisprudence ne s'est sérieusement affirmée jusqu'ici qu'à l'encontre des collatéraux dont l'intervention en cette matière n'est généralement accueillie qu'avec défaveur. Il est donc permis de croire que c'est en s'inspirant de cette pensée que la jurisprudence, repoussant la distinction des mariages inexistants et annulables, a été amenée à établir entre les

(1) Bastia, 8 février 1888, D. 88-2-317. S. 89-2-177 et la note de M. Labbé.

articles 146 et 180-181, une corrélation que repousse et la nature des choses et les termes mêmes des dispositions de la loi, surtout de l'article 146. Il suffit de se reporter aux articles 180 et 181 pour se convaincre que le législateur n'a voulu ni y viser ni y régler le cas d'absence de consentement, car au cas contraire il les aurait rédigés autrement.

II^o Indépendamment de ces premières considérations, il faut remarquer que l'action en nullité est intentée au nom de l'époux dément à qui l'action en nullité est expressément conférée par l'article 180. On peut même dire, en parlant plus exactement, que c'est l'époux lui-même qui est le véritable demandeur agissant par son représentant légal, conformément aux règles de la tutelle et de la curatelle. On ne peut refuser l'action au tuteur comme on la refuse aux collatéraux, sous prétexte que l'article 180 ne l'énumère pas. Cet article prévoit, non pas l'hypothèse où l'époux ne peut exercer lui-même l'action, mais celle au contraire où ce dernier peut y pourvoir. Le juge doit donc suppléer à la loi en vertu de l'article 4 du titre préliminaire **C. c.** En outre, le tuteur de l'interdit est le gardien de la personne et des biens de celui-ci, son mandataire légal pour le représenter dans tous les actes de la vie civile, notamment en justice. Il est donc recevable à intenter pour lui et en son nom aussi bien l'action en nullité de mariage que toutes les autres actions que la loi lui confère.

Enfin, s'il en était autrement, l'on aboutirait à cette

conséquence que le mariage contracté en état de démence par un individu qui demeurerait interdit jusqu'à sa mort, ne pourrait être attaqué par personne. La démence même, qui serait la cause de la nullité du mariage, serait en même temps la cause de son maintien.

Ainsi, comme on le voit par cette analyse, l'arrêt de la Cour de Bastia a bien, il est vrai, estimé que la portée des principes posés par la jurisprudence antérieure devait se restreindre à l'action des collatéraux. Mais ces considérations ne lui ont pas paru assez fortes ni assez évidentes pour justifier le droit à l'action pour le tuteur. Elle a trouvé, en dehors de ces premiers motifs, des arguments beaucoup plus convaincants, beaucoup plus justes et sensés, et ce sont ces arguments seuls que la Cour de Cassation a retenus pour accorder l'action au tuteur.

En effet, voici ce que la Cour de Cassation décida (1) :

« Aux termes de l'article 180 C. c., le mariage qui a
» été contracté sans le consentement libre des deux
» époux ou de l'un d'eux ne peut être attaqué que par
» les époux ou par celui des deux dont le consentement
» n'a pas été libre. Cette disposition ne fait pas obstacle
» à ce que cette action soit exercée par le tuteur de l'interdit au nom de ce dernier. En effet, aux termes des
» articles 450 et 509 C. c. combinés, le tuteur représente
» l'interdit dans tous les actes civils ; il s'ensuit que, lorsqu'il exerce des actions qui appartiennent à l'interdit

(1) Civ. rejet. 26 févr. 1890. D. 90-1-290. S. 90-1-216.

» et notamment l'action en nullité du mariage pour défaut de consentement, celui-ci est censé les exercer lui-même par le moyen de son représentant. Dans ces circonstances et en l'absence d'un texte de la loi refusant formellement cette action au tuteur, c'est avec raison que la Cour de Bastia a reconnu à ce dernier le droit de provoquer, en sa qualité de tuteur, la nullité du mariage, et ce faisant elle n'a pas violé les articles 146, 174, 175, 189, 184 et 187 invoqués dans le pourvoi. »

Ainsi, la Cour de Cassation n'a nullement repoussé ni limité les effets de la jurisprudence antérieure, elle a simplement reconnu que l'équité et le bon sens, exigeant que le tuteur exerce la nullité au nom et pour le compte de l'interdit dément, il n'y avait nulle raison pour que ce droit ne soit pas accordé, les textes n'y faisant pas obstacle. L'article 180, en effet, ne prévoit que le cas où le titulaire du droit de nullité (l'époux dont le consentement a fait défaut ou a été vicié) peut exercer lui-même l'action, et la question de savoir si le tuteur peut intenter cette action est en dehors du chapitre des nullités et doit par conséquent être résolue au moyen des articles 450 et 509 combinés, qui permettent au tuteur représentant de l'interdit dans tous les actes de la vie civile d'exercer les actions appartenant à ce dernier.

Au surplus, la Cour de Cassation trouve une autre raison pour accorder l'action au tuteur : lorsque le tuteur, fait-elle remarquer, exerce l'action au nom de l'interdit, l'on peut considérer que c'est à proprement parler l'inter-

dit lui-même qui l'exerce, puisqu'en somme le tuteur ne fait que le représenter et exercer à sa place un droit qui lui appartient.

Il nous semble donc que cet arrêt de la Cour de Cassation n'est rien venu changer à la jurisprudence antérieure (1). Il a simplement précisé, ce que les arrêts précédents n'avaient pas eu l'occasion de faire, l'étendue des règles posées par cette jurisprudence.

III

Nous en avons fini avec l'exposé de la jurisprudence sur la question qui nous occupe. Nous pensons avoir indiqué tous les arrêts qui étaient de quelque intérêt et pouvaient nous faciliter dans nos recherches. Nous venons de voir qu'une jurisprudence suffisamment nette et ferme résulte de l'ensemble de ces arrêts. Il ne nous reste plus qu'à indiquer quels systèmes on peut en dégager.

L'ensemble des principes et des règles contenus dans les arrêts analysés, si on les classe en ordre logique, nous paraissent constituer une théorie qui serait la suivante :

En droit français, les nullités, même absolues et d'or-

(1) Dans la note qu'il inséra au Sirey sous l'arrêt de Bastia précité (S. 89-2-177), M. Labbé avait déjà démontré que la décision de la Cour d'appel se conciliait parfaitement avec les décisions antérieures rendues par la Cour de Cassation en 1821-1844-1887. Voir cette note

dre public, n'existent pas de plein droit. Pour qu'elles produisent leurs effets, il est nécessaire qu'une action en Justice soit exercée en vertu du principe que « *Nul ne peut se faire justice à soi-même* ».

Cette règle est applicable au mariage : le mariage existant en fait dès qu'il y a eu célébration constatée, toutes les nullités dont il peut être frappé aboutissent à l'exercice d'une action en justice.

La nécessité de l'action en justice étant donc évidente, la distinction que fait la doctrine entre le mariage inexistant et les mariages annulables n'a plus aucune utilité. En effet, le législateur, en raison du caractère particulier et important du mariage, en raison de son but social, n'a pas voulu que les nullités qui peuvent le frapper soient laissées à la libre appréciation du juge. Sa volonté a été que pas une nullité de mariage n'existe sans un texte qui la prononce expressément. Il s'est donc efforcé, au **Titre 5 du Livre 1^{er} du C. c.**, de prévoir et réglementer ces nullités de la façon la plus minutieuse et la plus rigoureuse. A cet effet et après avoir, dans le chapitre I^{er}, spécifié les conditions substantielles de la validité de l'union conjugale, à savoir l'âge (article 144), — le consentement des époux (article 146), — la dissolution de tout mariage antérieur (article 147), — le consentement des ascendants et du conseil de famille (articles 148 et suivants), il a, dans le chapitre IV, rassemblé et classé dans un ordre logique toutes les nullités de mariage et a réglé l'exercice de chacune séparément en indiquant les personnes qui pour-

raient les invoquer et en précisant la durée et la déchéance des actions.

Les nullités qu'il a ainsi édictées sont de deux sortes. Les unes n'existent qu'au profit de certaines personnes à certaines conditions et durant un délai fort court. Telles sont celles prévues aux articles 180, 181, 182, 185. Les autres, au contraire, sont ouvertes non seulement aux époux et aux ascendants, mais aussi à tout intéressé ainsi qu'au ministère public. Ces nullités sont celles des articles 184 et 191, ce sont des nullités absolues. Or, contrairement à ce qui existe pour les autres actes juridiques, les nullités absolues de mariage sont l'exception. Le législateur a voulu restreindre ces nullités, parce qu'il lui a paru que la stabilité du mariage intéresse trop la famille et la société pour que toute personne, à n'importe quel moment et malgré la volonté des époux, puisse faire anéantir une union conjugale. Les articles qui prévoient ces nullités sont donc essentiellement restrictifs et limitatifs. Pour l'article 191 il n'y a pas de doute ; il ne prévoit qu'une seule hypothèse nettement déterminée, mais il en est de même pour l'article 184, qui énumère toute une série d'articles. On ne peut ajouter à son énumération.

En résumé, les nullités de mariage sont dominées par deux principes : 1° *Il n'y a pas de nullité de mariage sans un texte qui la prononce expressément* ; 2° *Parmi les nullités de mariage qui sont toutes prévues au chapitre IV, il n'y a d'absolues, sauf le cas prévu expressément à l'article*

191, *que celles comprises dans l'énumération contenue dans l'article 184*. Ces deux principes rappelés, si l'on veut reconnaître les effets produits par l'absence de consentement des époux ou de l'un d'eux dans le mariage, il est indispensable, puisque toute nullité de mariage doit résulter d'un texte exprès, de découvrir le ou les articles qui prévoient et règlent cette nullité.

L'article 146 pose le principe qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement. La sanction de ce principe, si c'est une nullité, doit forcément être renfermée au chapitre IV, et en effet on la découvre dans les articles 180 et 181. En voici la preuve :

1° En raison du caractère général des termes de l'article 146, l'on doit considérer que cet article comprend dans son principe tous les cas où le consentement n'est pas valable pour quelque cause que ce soit : absence ou vice du consentement.

La doctrine prétend que cet article vise un cas d'inexistence, celui de défaut de volonté, et que l'action qui en résulte diffère dans sa cause, ses termes et ses effets de la nullité pour vice de consentement qui, elle, est prévue par les articles 180 et 181. A l'appui de sa conception, cette doctrine invoque les termes de l'article 146 ainsi que l'historique de sa rédaction, mais les travaux auxquels a donné lieu la rédaction de cet article ne sont pas suffisamment clairs pour qu'on puisse, sans se tromper, dire quelles ont été les idées et la volonté des rédacteurs. Ne voit-on pas des auteurs justifier, au moyen de ces tra-

vaux préparatoires, des solutions qui sont incompatibles avec l'idée d'inexistence ? Quant aux phrases prononcées par le Premier Consul, et dont la doctrine fait tant de cas, elles n'ont pas le sens qu'on leur donne. Par exemple, dans la dernière séance, le Premier Consul a distingué le cas où une personne aurait nettement refusé de consentir à se marier et aurait répondu « **non** » à l'interrogation de l'officier de l'état civil, et le cas où une personne ayant répondu « **oui** » prétendrait ensuite que sa volonté n'a pas été libre. Il a voulu rappeler qu'une personne qui avait refusé de consentir ne pouvait être considérée comme mariée. Ceci est évident ; mais ce n'est pas dans cette hypothèse que se place la doctrine pour expliquer qu'il y a mariage inexistant. Elle va plus loin et décide, ce que le Premier Consul n'a nullement dit, qu'à défaut de consentement et quelle que soit la cause qui ait empêché le consentement de se former, le mariage est toujours inexistant. L'on peut donc, sans crainte de fausser la pensée du rédacteur du Code, affirmer que l'article 146 vise non seulement l'absence de consentement, mais aussi les vices du consentement. La généralité de ces termes justifie pleinement ces interprétations.

II^o Pour ce qui est de la sanction du principe, contenu dans l'article 146, qui doit forcément se trouver au chapitre IV, si c'est une nullité, on ne peut la découvrir que dans les articles 180 et 181. En ce qui concerne les vices du consentement, il n'y a pas de doute. Les termes de ces articles, les mots *le consentement n'a pas été libre*, visent

certainement et avant tout les vices du consentement. Mais la portée de ces articles ne s'arrête pas là, ils contiennent également la sanction du second terme du principe de l'article 146, l'absence de consentement. Il doit en être décidé ainsi pour les raisons suivantes :

I° Les nullités de mariage sont, au chapitre IV, réglementées chacune séparément, classées dans un ordre logique, et les articles 180-181 sont les seuls qui parlent du consentement des époux.

II° Le système de division du chapitre IV correspond à celui du chapitre I relatif aux qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage ; c'est ainsi que l'article 146 correspond aux articles 180 et 181.

III° Les dispositions des articles 180 et 181 sont générales, concises et prouvent, éclairées par l'historique de leur rédaction, que le législateur a voulu y faire rentrer non seulement les cas de vice de consentement pour erreur ou violence soit physique, soit morale, mais aussi toutes les causes qui peuvent détruire la volonté.

Sur ce dernier point, l'on constate, en effet, que l'article 180, qui contient deux paragraphes distincts, dont chacun se réfère à l'une des causes susceptibles d'invalidier le consentement, ne précise pas les causes destructives de la liberté de ce consentement. Les termes qu'il emploie sont les plus généraux : il parle de « *consentement qui n'a pas été libre* », comme l'article 181 parle de « *pleine liberté* ». Ces mots « *Consentement qui n'a pas été libre* », « *pleine liberté* », doivent être pris dans

leur acception la plus large puisque, ainsi que le prouvent les travaux préparatoires de leur rédaction, ces mots furent acceptés en remplacement de ceux-ci : « *Le consentement aurait été forcé* ». Et cela afin que la disposition s'applique plus clairement au défaut de liberté morale comme au défaut de liberté physique. Au surplus, certaines phrases de Portalis et du tribun Boutteville prouvent que l'article 180 a la portée la plus large.

Ainsi, il est certain qu'en adoptant ces formules générales et concises pour la rédaction des articles 146, 180, 181, le législateur a voulu débarrasser les tribunaux de la distinction entre les mariages inexistants et les mariages annulables, confondre dans une même action toutes les causes d'inexistence et d'annulabilité, et par les articles 180 et 181 assurer à l'article 146 tous ses effets et toutes ses sanctions pour tous les cas.

En résumé, l'absence de consentement se trouve dans ses effets assimilé aux vices de consentement.

Cette assimilation a paru inadmissible à la doctrine, sous prétexte que les articles 180, 181 sont basés sur le principe de la ratification possible du mariage, et qu'aucune ratification n'est concevable lorsqu'on se trouve en présence d'un mariage inexistant. En théorie pure, il est exact qu'un mariage inexistant pour défaut de consentement ne peut être ratifié. Mais en fait et en pratique, il n'est pas impossible que, par une cohabitation de six mois, le mariage se forme et acquière une existence légale.

On comprend très bien que, d'après la volonté de la loi, le fait de la cohabitation remplace le consentement absent à l'origine. Et même, indépendamment de cette considération, l'on est bien obligé d'admettre que, si une personne peut, dans un intervalle lucide, contracter un mariage, il lui soit possible de ratifier dans les mêmes conditions un mariage intervenu dans un moment où elle pouvait consentir. Au surplus, une volonté qui n'est pas libre ou une volonté qui n'est pas consciente et éclairée ne peut, en droit, valoir plus que la volonté apparente du dément.

Par conséquent, l'assimilation de l'absence de consentement des époux aux vices de ce même consentement n'a rien de contraire au droit. Pour repousser toute autre solution, il suffit d'ailleurs de songer aux dangers que pratiquement présenterait, si on l'appliquait, la doctrine classique, dont la conséquence la plus importante est de permettre à tout intéressé de faire, à toute époque, déclarer par les tribunaux l'inexistence d'un mariage.

L'absence du consentement des époux ou de l'un d'eux dans le mariage étant donc régie par les articles 180 et 181, il s'ensuit qu'une action en justice sera nécessaire pour que la nullité produise ses effets : cette nullité ne pourra être invoquée que par l'époux dont le consentement aura fait défaut. Ce droit ne lui sera ouvert que durant un court délai et il y aura possibilité de ratification ; enfin les articles 201 et 202 C. c. seront applicables.

On ne saurait prétendre que les droits des ascendants

et des collatéraux seront ainsi sacrifiés. En effet, les ascendants et les collatéraux, dans les cas où la loi le leur permet, ont le droit de faire opposition au mariage. Cette faculté sauvegarde leurs intérêts et, si ce droit d'opposition leur a été accordé, c'est précisément afin que l'action en nullité ne leur étant pas ouverte, ils ne restent pas sans défense.

Les effets de l'absence de consentement sont toujours ceux édictés par les articles 180 et 181, quelle que soit la cause qui ait empêché le consentement de se former, et, lorsque cette cause sera la démence, il n'y aura pas lieu d'appliquer les articles 502 et suivants *C. c.*, ces articles étant en dehors du chapitre des nullités du mariage et ces nullités ne pouvant être régies par d'autres règles que celles contenues au Titre du Mariage. Cependant, lorsque l'époux dont le consentement aura fait défaut sera interdit, son tuteur pourra exercer l'action en son nom. L'article 180 ne l'indique pas, parce qu'il n'a prévu que l'hypothèse où l'époux qui n'a pas consenti aura recouvré sa liberté. Le Juge devra donc suppléer au silence de la loi et, au cas où l'époux serait interdit, il aura à se référer au chapitre de l'interdiction. Cette solution ne viole nullement les principes qui régissent les nullités de mariage. Au surplus, l'action exercée par le tuteur est celle de l'interdit : elle est exercée en son nom, c'est pour ainsi dire lui-même qui l'exerce.

Voilà la théorie qui nous semble résulter de la jurisprudence. Ainsi cette jurisprudence, après avoir écarté

le principe de l'inexistence, s'est trouvée en face de la difficulté que la doctrine classique avait essayé de tourner au moyen de cette conception de l'acte inexistant. Elle a eu à observer la règle : « *Il n'y a pas de nullité de mariage sans un texte qui la prononce expressément* », et c'est dans les articles 180 et 181 qu'elle a trouvé la sanction du principe contenu dans l'article 146.

Maintenant que nous avons exposé la solution de la doctrine et celle de la jurisprudence, nous allons rechercher quelle est, de ces solutions, celle qui est la plus juste, la plus conforme aux principes, la plus respectueuse des réalités.



CHAPITRE II

§ 1^{er}

a) Notre méthode de recherche, les idées qui serviront de base à notre étude. — b) Conditions dans lesquelles se présente la question de l'absence de consentement des époux dans le mariage. — c) L'article 146 Code civil. Réfutation de la doctrine classique qui voit édicté dans cet article le principe de l'inexistence, son sens et sa portée probable.

A) Nous avons, dans notre introduction, indiqué suivant quelle méthode nous allions poursuivre l'étude que nous entreprenons : sans repousser *a priori* la conception de l'inexistence et tout en accordant dans nos recherches une certaine place aux principes de droit et aux considérations de logique, notre intention est de nous baser avant tout sur une large observation des faits, de nous montrer respectueux des réalités et de tâcher, dans notre choix d'une solution conforme au but de la règle qui exige le consentement des époux dans le mariage, de concilier, autant que les textes nous le permettront, les règles du droit positif avec l'équité.

Notre façon de procéder, nous l'empruntons en quelque sorte à une doctrine toute récente qui voudrait que l'on substituât au système classique, consistant à solutionner les nullités au moyen de principes abstraits et suivant une méthode purement déductive, un procédé de travail différent et plus simple.

Cette doctrine qui pense, nous verrons pourquoi au cours de nos recherches, que le système classique conduit à des résultats peu justes et souvent incompatibles avec la réalité des faits, envisage sous un angle bien différent la question des nullités. Alors que la doctrine classique fait dominer la logique et se sert de constructions abstraites et *a priori*, elle fait prévaloir le point de vue rationnel et pratique. Aux principes et classifications du système classique, elle propose de substituer d'autres principes et d'autres classifications plus nombreux, plus tolérants, prétendant moins à l'universalité et susceptibles de se combiner entre eux. Enfin, au lieu de résoudre en bloc toutes les questions, elle les solutionne séparément en s'inspirant de l'idée de but et des données propres à chacune d'elles.

Nous n'avons pas à exposer tout au long le système que l'on peut faire découler de cette doctrine ; il a été magistralement esquissé et justifié par M. Japiot (1).

(1) L'on trouvera l'analyse du travail de M. Japiot dans la *Revue générale de droit* (septembre-octobre 1910), pages 428 et s. (article de M. César Bru).

Nous nous contenterons d'indiquer, parmi les idées directrices qui, d'après cet auteur, devraient présider à toute tentative de systématisation des nullités, celles dont nous nous inspirerons plus particulièrement.

Pour M. Japiot, deux ordres de considérations doivent entrer en ligne de compte dans toute recherche des effets d'une nullité : considérations du but de la règle que la nullité protège, auxquelles viendraient s'ajouter celles qui sont relatives au milieu de fait dans lequel intervient cette nullité.

En premier lieu, explique cet auteur, « *la nullité doit être organisée d'après sa nature et le but pratique qui l'a fait créer* » (1) ; elle est une sanction, « *elle n'a pour utilité et pour raison d'être que d'assurer l'observation de la règle qu'elle sanctionne, et, si l'on passe outre, de réparer le mieux possible cette violation en préservant contre les conséquences de celle-ci les intérêts que la règle violée était destinée à protéger* » (2) ; elle est donc essentiellement subordonnée à ce caractère de sanction et doit se modeler et s'adapter de la manière la plus étroite à la règle dont elle sauvegarde l'efficacité.

Cependant, s'empresse-t-il d'ajouter, cette idée du but de la règle ne sera pas seul à intervenir ; il ne faut point isoler ce but des faits pratiques qu'il est nécessaire de

(1) JAPIOT. *Des nullités en matière d'actes juridiques* 2^e partie, chapitre 1^{er}, page 166.

(2) *Ibid.*

traverser en quelque sorte pour l'atteindre (1). Il se peut qu'un acte, si nul qu'il soit, ait, en fait, une certaine apparence de validité ; qu'il y ait quelque chose qui empêche que l'on puisse parler de néant. Cette apparence, qui peut résulter soit de faits de passation, soit de faits d'exécution, a son importance ; elle jouera un certain rôle lorsqu'il faudra soit en organiser la destruction, soit en assurer le respect. L'on ne peut la négliger, si l'on veut arriver à une solution équitable. Ces faits d'apparence ne sont pas d'ailleurs les seuls à constituer ce milieu où pratiquement intervient la nullité. Il y a d'autres faits qu'on ne peut également écarter ; tels sont, par exemple, les faits auxquels se heurteront quelquefois les tendances systématiques. L'on devra également tenir compte soit des intérêts rivaux et légitimes qui se présenteront, soit des considérations spéciales qui devront intervenir suivant la nature du domaine juridique dans lequel la nullité est appelée à jouer, ou suivant même la nature de la question à résoudre.

En un mot : « *La nullité qui théoriquement frappe l'acte à raison d'un vice originnaire et le rend ab initio impuissant à produire des effets juridiques, pratiquement intervient dans un milieu tout différent, extrêmement complexe, bien mal préparé parfois à la recevoir* » (2), et l'on doit tenir

(1) JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, 2^e Partie chapitre 2, page 168.

(2) JAPIOT, *op. cit.*, page 175.

compte de ces considérations antagonistes qui en pratique résistent plus ou moins à la poursuite de cet idéal d'une satisfaction intégrale accordée aux intérêts protégés par la nullité.

En ce qui concerne la *nature de la nullité* (1), M. Japiot estime que la conception classique de « *l'acte-organisme* » et de la « *nullité-état* », manière d'être de l'acte, est inexacte. Pour lui l'acte n'existe pas ; ce qui existe, ce sont les effets juridiques qu'il peut produire, exception faite cependant du mariage qui possède, envisagé en lui-même, une valeur propre, son effet essentiel étant d'ordre idéal, le résultat cherché, créer entre deux personnes un lien conjugal, étant atteint par le fait même de la célébration. Quant à la nullité, elle doit être envisagée du côté des personnes qui en sont titulaires, elle apparaît alors sous l'aspect d'un droit spécial accordé aux individus afin de leur permettre de s'opposer à la réalisation ou au maintien d'un état de choses conforme à l'acte nul. Ce « *droit de critique* » s'exerce, d'une façon générale, sur les effets que l'acte, quoique nul, peut avoir produits ; exceptionnellement il porte sur l'acte lui-même lorsque cet acte a, en soi et en tant qu'abstraction, une valeur véritable et que son but essentiel est de caractère idéal. Le plus parfait exemple de cette sorte d'actes est le mariage que l'on contracte en vue de l'idée même de son existence.

Nous devons enfin indiquer que cette doctrine récente

(1) JAPIOT, *id.*, 2^e partie, chapitre IV, pages 271 et s.

refuse de classer les causes de nullité en deux catégories distinctes et opposées, et qu'elle envisage d'une façon toute autre que ne le fait le système classique le rôle du juge qui a à se prononcer sur une nullité.

Elle ne croit point qu'on doive distinguer, dans un acte juridique, les éléments rationnellement nécessaires et ceux légalement nécessaires, les éléments indispensables à sa formation et ceux exigés en vue de sa validité seulement, le défaut et l'insuffisance d'un élément. Pour elle, il n'y a pas d'un côté des actes annulables à l'état de validité provisoire, et d'un autre côté des actes *juridiquement* inexistants dès l'origine. Entre les vices, infiniment variables dans leur gravité, dont les actes juridiques peuvent être atteints, on ne peut découvrir une différence essentielle. Les nullités sont toujours identiques dans leur nature.

Pour ce qui est du rôle du juge, il lui apparaît toujours le même, quelle que soit la nullité, sauf dans certains cas (1).

Voici quelques-unes des grandes idées de cette doctrine dont nous avons l'intention de nous inspirer en partie. Ces idées, nous n'avons fait que les indiquer très superficiellement, nous réservant de les expliquer et de les développer au cours de notre étude, lorsqu'il s'agira d'en

(1) JAPIOT, *op. cit.*, 2^e partie, chapitre VI, page 333. Voir également DROGOUL, *op. cit.*, page 181, pour la notion de nullité, et page 211 pour l'office du juge.

faire état. Pour le moment il suffisait de déterminer dans quel sens nous allons diriger nos recherches et de préciser sur quelles bases nous étayerons notre raisonnement.

*
* * *

B) Traçons maintenant le cadre de notre sujet et précisons les termes dans lesquels se pose, limitée au mariage, la question des effets de l'absence de consentement.

La matière sur laquelle porte notre étude, **le Mariage**, est régie par des règles qui lui sont propres et qui doivent se suffire à elles-mêmes. Ce n'est qu'avec la plus extrême réserve que les principes du droit commun peuvent lui être appliqués.

En raison du caractère important et particulier de ce contrat, en raison de ses conséquences multiples qui font de lui l'acte dont la stabilité importe le plus à l'ordre social, le législateur l'a isolé des autres contrats pour le soumettre à un régime différent. Les règles qui lui sont applicables forment un titre à part : **Titre V du Livre I^{er} de notre Code civil**. C'est dans ce Titre que nous devons puiser les principes et les règles qui justifient notre solution.

Inversement, quelle que soit la solution vers laquelle nos recherches nous pousseront, nous n'aurons pas à nous inquiéter des conséquences qu'aurait une telle solution si elle était appliquée à tous les actes juridiques, car il n'y a aucune déduction forcée à tirer des principes admis en matière de mariage pour ce qui est de la théorie des actes

juridiques. Nous pourrions donc, d'une façon générale, laisser de côté tout ce qui concerne la théorie du droit commun des contrats.

En second lieu, les nullités de mariage sont, de l'avis général, soumises à une règle exceptionnelle et restrictive que l'on formule ainsi : « *Pas de nullité de mariage sans un texte qui la prononce expressément.* » Nous savons ce que l'on doit entendre par cet adage : à raison des conséquences graves qu'entraîne pour la famille et pour la société l'annulation d'un mariage, le législateur, par dérogation au droit commun, n'aurait pas voulu qu'il y ait, pour le mariage, de nullités virtuelles ou tacites, c'est-à-dire résultant de toute violation d'un commandement ou d'une défense de la loi. Il se serait réservé à lui seul le droit de décider si cette violation était assez grave pour justifier une telle rigueur. Il n'aurait rien abandonné à l'arbitraire. C'est pour cette raison qu'il aurait consacré aux nullités de mariage un chapitre spécial, le **Chapitre IV du Titre V**. Toutes les nullités qu'il aurait voulu admettre, il les y aurait insérées et il faudrait rejeter toute cause de nullité qui n'y est pas prévue et réglée.

Dans la doctrine la plus récente, on commence bien à discuter si le but du chapitre IV est d'énumérer les nullités de mariage et si l'on ne peut, au contraire, admettre d'autres nullités que celles qui y sont prévues (1). Cepen-

(1) PLANIOL, *op. cit.*, tome 1^{er}, n° 995, page 337.

dant, nous conformant à l'opinion générale, nous acceptons le principe. Par suite nos recherches vont se trouver limitées à l'inexistence et à la nullité relative. On sait que, pour le mariage, il y a des nullités absolues distinctes des inexisterces. La doctrine classique, qui ne reconnaît, d'une façon générale, que deux classes de nullités, accepte, en présence de textes formels, une classification tripartite pour les nullités de mariage (1). Or nous devons dès maintenant écarter cette nullité, l'absence de consentement ne peut engendrer une nullité absolue. En effet, les nullités absolues de mariage sont limitativement prévues par les articles 184 et 191 du chapitre 4. L'article 184, qui contient toute une énumération d'articles, est considéré comme restrictif et limitatif. On ne peut ajouter à son énumération. Or, aucun des articles qui y sont mentionnés ne vise l'absence de consentement des époux, un seul article du chapitre 4 s'occupe de ce consentement, c'est l'article 180, et il édicte une nullité relative.

Il nous faudra donc soit admettre le principe de l'inexistence, et dans ce cas nous devons en chercher la consécration en dehors du chapitre IV et dans l'article 146 dont les termes permettraient, de l'avis de la doctrine classique, une telle interprétation, soit opter pour la nullité relative, auquel cas c'est à l'article 180 que nous devons avoir recours.

(1) Notamment PIZE, *op. cit.*, page 331. Voir JAPIOT, *op. cit.* page 456, note 1.

En résumé, la question se pose à nous sous cette forme : de l'inexistence ou de l'annulabilité, quelle est la nullité qui résulte de l'absence de consentement des époux dans le mariage ?

Nous nous trouvons ainsi amenés tout naturellement et avant toute recherche au fond à élucider un premier point sur lequel existe la plus grande divergence entre la doctrine et la jurisprudence et qui est le suivant : Doit-on considérer que le législateur a, aux termes de l'article 146, admis le principe de l'inexistence ?

Nous savons que la doctrine le prétend et nous connaissons les arguments qu'elle fait valoir pour justifier sa manière de voir. Si telle a été, vraiment, la volonté du législateur, nous ne pouvons que nous incliner devant l'autorité de la loi et toute discussion sur les effets de la nullité est impossible. Il nous est donc indispensable, pour poursuivre notre étude, d'établir qu'en votant l'article 146, les rédacteurs du Code n'ont nullement eu l'intention de lui donner l'inexistence comme sanction. Si nous parvenons à faire cette démonstration, il ne s'en suivra pas que le principe de l'inexistence doive être définitivement écarté. Nous savons, en effet, que la doctrine justifie ce principe, surtout au moyen d'arguments de logique, et qu'elle explique qu'il n'est pas besoin, pour l'admettre, d'un texte qui le consacre, l'inexistence étant un pur fait qui s'impose par la force même des choses. Mais au moins nous aurons le champ libre et nous pourrons, sans craindre de contrevenir à la volonté de la loi, choisir

entre les deux solutions qui s'offrent à nous. Si le principe de l'inexistence nous paraît juste, nous l'admettrons et même nous pourrions le considérer comme consacré par l'article 146, dont les termes vagues et peu juridiques peuvent permettre toute interprétation ; mais aussi, au cas où la nullité relative s'adapterait plus parfaitement au but de la règle de la nécessité du consentement des époux, il nous sera loisible d'opter pour elle, pourvu que nous justifions d'un texte qui la consacre.

Tâchons donc de découvrir le sens de l'article 146 ; le législateur y a-t-il consacré le principe de l'inexistence ?

*
* *

C) La doctrine classique, pour justifier une telle interprétation, s'appuie sur les termes de l'article, qui lui semblent d'une lumineuse concision, ainsi que sur les travaux préparatoires du Code où elle puise la preuve que la conception de l'inexistence a été aperçue et consacrée par les rédacteurs.

Selon elle, le Premier Consul, pénétré de la distinction des mariages inexistants et annulables, de nombreuses phrases qu'il prononça en feraient foi, se serait attaché, durant toute la discussion que souleva la rédaction de l'article, à faire accepter une disposition qui consacra nettement la distinction. Ainsi s'expliqueraient les transformations successives subies par le texte qui avait été primitivement proposé.

Malgré leur nombre, les arguments de la doctrine ne

nous paraissent pas convaincants. Il n'est pas évident, croyons-nous, que l'article 146 édicte l'inexistence au cas d'absence de consentement. Envisagé en lui-même, son texte peut être interprété d'une toute autre façon, et les travaux préparatoires ne viennent nullement diriger l'interprétation dans le sens de l'inexistence plutôt que dans un autre ; même si l'on devait, de ces travaux, tirer quelques arguments en faveur d'une opinion, ce serait, avec plus de vraisemblance, en faveur de celle qui pense que l'article 146 ne fait qu'énoncer un principe dont la sanction se trouve dans l'article 180.

En vérité, les travaux qui ont précédé le vote du texte définitif de l'article 146 et dont la doctrine fait tant état pour soutenir que le législateur a admis le principe qu'elle défend, sont fort confus (1). Un grand nombre de partisans de cette théorie en font l'aveu (2). Ils sont obligés de reconnaître que la plus profonde obscurité règne sur

(1) C'est cette confusion même qui explique que les opinions les plus contradictoires ont puisé dans ces travaux préparatoires des arguments en faveur de la solution qu'elles défendent (ainsi Merlin les invoque pour justifier l'arrêt de la Cour de Cassation de 1821). MERLIN R. V^o Mariage, section VI, § 2, page 749.

M. le Conseiller-Greffier, dans son rapport sur le pourvoi en cassation formé contre l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 25 juin 1884, a reconnu le peu de clarté des travaux qui ont précédé le vote de l'art. 146 (S. 87-1-461).

(2) Notamment HARTEMANN, *op. cit.*, page 240, n^o 238.

le sens à attribuer à la plupart des discussions qui s'élevèrent et des remarques qui furent faites.

Deux savants auteurs, Demolombe (1) et Laurent (2), qui pourtant interprètent l'article 146 dans le sens où le fait la doctrine, reconnaissent qu'il est difficile de dire si la distinction des mariages inexistants et annulables, qu'ils croient avoir été faite et plusieurs fois rappelée devant le Conseil d'Etat, a été en définitive reconnue et consacrée.

M. Laurent regrette même que l'on soit obligé de faire état de ces travaux préparatoires. Pour lui, le texte de l'article 146 est net et décisif et les discussions, au lieu de mettre en lumière le principe qu'il contient, ne font que l'obscurcir au point de jeter un doute sur l'intention du législateur. Si donc cet auteur accepte et défend pour l'article 146 l'interprétation classique, c'est exclusivement en raison des termes de cet article. Quant aux travaux préparatoires, semble-t-il déclarer, si l'on peut affirmer que le Premier Consul a fait à plusieurs reprises la distinction, sans d'ailleurs en comprendre la portée et même sans arriver à éviter les confusions les plus regrettables, l'on doit reconnaître que les rédacteurs n'ont pas

(1) DEMOLOMBE, *op. cit.*, tome 3, n° 239 ; toutefois un peu plus loin, n° 240, page 362, cet auteur semble bien soutenir que l'art. 146 fut voté pour consacrer le principe de l'inexistence.

(2) LAURENT, *op. cit.*, tome 2, n°s 277 et 278, voir également page 373.

saisi la pensée de Bonaparte ; car rien ne peut faire supposer qu'ils aient accepté la distinction, les textes votés successivement, certaines paroles prononcées étant plutôt en contradiction avec le principe de l'inexistence.

Nous sommes déjà fort loin des affirmations faites par la majorité de la doctrine, puisque avec Laurent il faudrait rechercher la preuve de la consécration de l'inexistence au cas d'absence de consentement des époux exclusivement dans les termes de l'article 146.

Cette opinion est précieuse ; elle nous permettrait, en invoquant les constatations dont elle a été tirée, de discuter sans grand souci des travaux préparatoires ce que l'on doit entendre par ces mots : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ». Mais nous croyons pouvoir réfuter les uns après les autres, et ceci d'une façon complète, tous les arguments de la doctrine et aller jusqu'à affirmer qu'il est peu probable que le Premier Consul ait fait la distinction des mariages inexistants et annulables ; qu'en tous cas, s'il l'a faite, il n'en a compris ni la valeur ni la portée, et qu'enfin l'article 146, dont la présence au chapitre premier du **Titre V du Livre I du Code civil** s'explique très simplement, n'a pas l'importance qu'on lui attribue.

Cette démonstration a déjà été faite par M. Loyer (1). Cet auteur a d'abord répondu à ceux qui font remarquer

(1) LOYER, *Les actes inexistants, thèse* (Rennes 1908), pages 61 et s. — Egalement DROGOUL, *op. cit.*, pages 77 et s.

que ce fut le Premier Consul qui fit la distinction : il est bien étonnant, leur a-t-il dit, que Bonaparte, qui n'était nullement un juriste, soit parvenu à découvrir d'instinct ce qui avait échappé jusqu'ici à des jurisconsultes comme Portalis, Tronchet, Bigot du Préameneu qui, d'ailleurs, continuèrent, malgré les explications à eux fournies, à ne pas apercevoir la distinction. Il leur a démontré qu'il est plus naturel de penser que le langage et l'attitude du Premier Consul dans toute cette discussion s'explique « *Par cette raison que précisément Bonaparte n'était pas un jurisconsulte et que, pour rédiger un texte ou prendre parti à des débats juridiques, sans mêler tous les termes à tort et à travers et confondre les situations et les hypothèses, il faut s'être soumis à la discipline du droit et avoir quelque clarté de la terminologie.* » Enfin, il a soutenu que la distinction faite par le Premier Consul entre les cas où il n'y a pas mariage et les cas où le mariage n'est pas valable ne correspond nullement à la division faite par la doctrine entre les mariages inexistants et les mariages annulables. Sa conclusion est donc que la rédaction finale de l'article 146 n'a pas été adaptée dans le but de consacrer la distinction qui, soi-disant, avait été faite et si souvent rappelée.

Nous ne pouvons mieux faire que de reprendre cette démonstration, en la présentant toutefois sous une forme un peu différente et peut être plus complète.

Lorsque nous avons exposé la doctrine, nous avons expliqué par quelle suite de raisonnements elle arrivait,

en s'appuyant sur certaines phrases du Premier Consul et en se prévalant des votes qui en auraient été la conséquence, à conclure que le législateur a voulu, dans l'article 146, édicter l'inexistence.

Reprenons ces principaux arguments :

Dès le début de la première séance où, devant le Conseil d'Etat, fut proposé le vote de l'article 4 du projet ainsi rédigé : « *Le mariage n'est pas valable si les deux époux n'y ont pas donné un consentement libre ; il n'y a point de consentement ; 1^o s'il a eu violence ; 2^o s'il y a eu erreur sur la personne... ; 3^o s'il y a eu rapt...* » (1). Le Premier Consul aurait prévenu les rédacteurs de la confusion à éviter entre les mariages inexistantes et les mariages nuls. C'est à cet effet qu'il aurait dit : « *Il n'y a pas de mariage où il n'y a pas de consentement libre ; l'article semble cependant supposer qu'il y a, en ce cas, un mariage, mais qu'il n'est pas valable* » (2).

Si tel est bien le sens de cette phrase — ce que nous ne croyons pas — il faut avouer que le Premier Consul aurait bien mal choisi l'occasion pour faire la distinction des mariages inexistantes et annulables. L'article 4 parle non d'absence de consentement, mais de défaut de liberté de consentement. C'est donc sur cette hypothèse que Bonaparte raisonne : « *Il n'y a pas de mariage où il n'y a pas de consentement libre* », dit-il. Or le défaut de liberté

(1) LOCRÉ, *Législation de la France*, t. IV, pp. 312 et 313.

(2) LOCRÉ, *op. cit.*, tome IV, page 324, n^o 15.

dans le consentement a toujours été considéré comme un cas de nullité relative. Il est étrange qu'aucun des juriconsultes qui siégeaient au Conseil d'Etat n'ait relevé l'erreur.

L'on peut aussi répondre à la doctrine, qui traduit *il n'y a pas mariage* par *le mariage est inexistant*, que, peut-être, ce n'est pas le sens que le Premier Consul donne aux mots *il n'y a pas*. En effet, dans cette même séance, 26 fructidor an IX, ne dit-il pas, parlant d'une jeune fille qui répond oui à l'officier de l'état civil parce qu'on la menace du couvent, « *quand ces violences ont eu lieu, il y a eu acte civil, mais il est nul, car il n'y a pas mariage là où il n'y a pas consentement libre* (1). Il emploie donc les mots *mariage nul* et *il n'y a pas mariage* pour exprimer la même pensée. Ces deux expressions lui semblent synonymes.

Enfin il faut remarquer que lorsque, plus tard, il résume sa pensée, il dit : « *Ainsi tout se réduit à ceci : le mariage est valable lorsque les formes ont été observées et qu'il n'y a eu ni violence, ni erreur sur la personne. Le mariage doit être cassé si les formes n'ont pas été observées, ou s'il y a eu violence ou erreur* » (2).

Les mots *le mariage doit être cassé*, font penser à une nullité et non à une inexistence et, d'ailleurs, peut-il y avoir doute sur le sens de la phrase tout entière ? L'idée

(1) LOCRÉ : *Législation de la France*, tome IV, page 325, n° 16.

(2) *Id.*, tome IV, page 326, n° 17.

du Premier Consul, c'est d'opposer au mariage pleinement efficace le mariage ne remplissant pas toutes les conditions nécessaires pour qu'il soit valable, c'est-à-dire le mariage nul, sans vouloir établir de différences entre les diverses causes de nullité.

Pourtant certains auteurs (1) prétendent que les mots *le mariage doit être cassé* signifient les tribunaux déclareront *qu'il n'y a jamais eu juridiquement mariage* ou que le mariage est *inexistant*. Une telle interprétation ne peut se soutenir ; mais même si on l'accepte, elle obligera celui qui l'admettra à reconnaître que le Premier Consul commet la plus regrettable des confusions, puisqu'il place sur la même ligne l'absence de solennité du mariage et les vices de consentement.

Toutes ces contradictions de langage s'expliqueraient plus simplement si l'on convenait que le Premier Consul s'exprima comme un profane qui ignorerait la distinction des nullités et des inexistentes : *il n'y a pas mariage*, c'est du langage courant, ce n'est pas du langage technique (2).

Mais la doctrine ne veut pas en convenir. Pour elle, Bonaparte n'a pu se tromper ; il a compris que l'inexistence et la nullité étaient deux états différents du mariage. Ne déclara-t-il pas, lorsque Tronchet proposa de placer l'article en discussion dans le chapitre IV : « *Ce serait mêler ensemble les cas où il n'y a pas mariage et les cas où le ma-*

(1) HARTEMANN, *op. cit.*, n° 239, p. 242.

(2) LOYER, *op. cit.*, page 64.

riage peut être cassé (1). Cette phrase serait décisive. *Il n'y a pas* exprimerait *l'inexistence*; *Peut être cassé*, la *nullité*, et ces deux expressions opposées l'une à l'autre l'auraient été pour marquer nettement la distinction. Au surplus, il serait impossible de trouver un autre sens aux paroles de Bonaparte.

A ce raisonnement nous pourrions répondre : 1° Il n'est pas certain, comme nous l'avons démontré plus haut, que les mots *il n'y a pas mariage* signifient le *mariage est inexistant*, en donnant au mot *inexistant* le sens technique qu'il a acquis dans la doctrine moderne ; 2° Ces mêmes auteurs, qui, en ce moment, traduisent *peut être cassé* par *peut être déclaré nul*, donnaient il n'y a qu'un instant à ces mots, *doit être cassé*, le sens de *doit être reconnu inexistant* (2).

Mais admettons que cette réflexion, qui passa inaperçue et dont le Premier Consul ne vit pas l'importance, ait la portée de l'énoncé d'un principe. Ce principe une fois mis en lumière n'aura quelque valeur qu'autant qu'il sera compris et qu'on en fera une juste application. Or, quel a été le résultat de l'observation du Premier Consul ? Celle-ci : la rédaction de l'article proposé fut modifiée, et sur l'initiative de Bigot-Préameneu, on accepta le texte suivant (3) : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a*

(1) LOCRÉ. *Op. cit.*, IV, page 327, n° 17.

(2) HARTEMANN. *Op. cit.*, n° 239.

(3) LOCRÉ. *Op. cit.*, IV, page 327, n° 17.

point de consentement; il n'y a point de consentement lorsqu'il y a violence, séduction ou erreur sur la personne. »

Le second membre de phrase est intimement lié au premier qu'il explique et qu'il développe ; l'on devra donc considérer les vices du consentement comme des causes d'inexistence ? Jamais la doctrine classique n'admettra une telle conclusion, ou bien ce serait le renversement de tous les principes.

Cette doctrine nous répondra, peut-être, que Bonaparte ne pouvait pas, du premier coup, comprendre le principe qu'il venait de poser ; mais qu'au cours de la discussion ses idées sur la distinction se font plus nettes et qu'il arrive à se faire comprendre des rédacteurs, ainsi que le prouve le texte définitif de l'article 146, qui ne parle plus des vices du consentement comme causes d'inexistence.

Il serait difficile de justifier une telle affirmation.

En effet, une fois le texte que nous venons de citer voté, la discussion va tenir encore deux séances (4 *vendémiaire an X*-24 *frimaire an X*). Dans la séance du 4 *vendémiaire*, le Premier Consul ne comprend guère mieux le principe de l'inexistence. Il fait pour la violence et quant à l'inefficacité dont elle doit être la conséquence, une distinction qui n'a rien de juridique. Il veut que la violence ait pour effet d'entraîner tantôt l'inexistence, tantôt l'annulabilité du mariage (1).

Quant aux paroles qu'il prononça dans la dernière séan-

(1) LOCRE, *op. cit.*, IV, page 361, n° 38.

ce (24 frimaire an X), pour résumer toute la discussion, elles ne prouvent pas que dans son esprit la distinction fût plus nette. La doctrine prétend pourtant que le grand homme rappela en termes des plus précis cette distinction. En effet, fait-elle remarquer, il déclara : « *On a distingué deux cas dans la discussion : 1° Il n'y a pas de mariage à défaut de consentement devant l'officier de l'état civil, et si on a écrit que la femme a dit oui quand elle a dit non ; 2° Si la femme ayant dit oui, prétend ensuite avoir été forcée, il y a mariage mais il peut être annulé* » (1).

Si nous comprenons bien, le Premier Consul fait remarquer que lorsqu'une personne n'a pas comparu devant l'officier de l'état civil pour donner son consentement ou lorsque, interrogée par cet officier, elle a répondu catégoriquement qu'elle ne voulait pas se marier, il n'y a pas mariage du tout ! Ceci est très juste, et personne ne songe à le contester ; mais est-il besoin de la théorie de l'inexistence pour reconnaître que dans ce cas il n'y a pas mariage ? Il n'y a lieu de s'occuper des actes inexistants qu'autant que l'acte a été accompli en fait ; mais là où il n'y a eu rien de passé, on ne pourra dire qu'il y a mariage, quel que soit le parti que l'on prenne sur la théorie de l'inexistence.

Lorsque nous expliquons la pensée du Premier Con-

(1) FENET : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. IX, pages 99 et 100, rapporté dans Hartemann, *op. cit.*, page 244.

sul dans le sens où nous venons de le faire, nous ne com-mettons pas une erreur d'interprétation. En effet Bona-parte, craignant sans doute de n'être pas compris, a dé-veloppé et expliqué sa pensée. « *Une jeune personne, dit-il (1) un peu plus tard, se trouve en présence de l'offi-cier de l'état civil; celui-ci veut supposer qu'elle consent au mariage: elle se récrie, elle désavoue à la face du public cette fausseté, elle s'échappe, elle implore le secours de citoyens contre l'oppression; il est évident qu'alors il n'y a pas mariage. Si, au contraire, intimidée par les mena-ces elle consent au mariage, ne fut-ce qu'un moment, le ma-riage subsistera jusqu'à ce que les tribunaux aient décidé que le consentement n'a pas été libre.* »

Personne ne contredira le Premier Consul; mais, s'il a voulu prendre un exemple pour expliquer l'idée d'inexistence, il n'a vraiment pas été heureux. Comme le fait observer M. Loyer (2), lorsqu'il parlait d'inexistence à propos des vices de consentement, l'espèce choisie par lui n'était pas assez inexistante, maintenant elle l'est trop.

Que la doctrine reconnaisse au moins que, si le Pre-mier Consul a voulu parler d'inexistence, il ne s'est pas placé dans l'hypothèse où elle se place elle-même lorsqu'elle développe sa théorie (3). En effet,

(1) LOCRÉ, *op. cit.*, IV, page 438, n° 11.

(2) LOYER, *op. cit.*, page 66.

(3) Conclusions de M. l'Avocat général Desjardins, au sujet du pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 25 juin 1884, S. 87-1-461.

pour justifier ses idées, elle raisonne sur un mariage qui à première vue paraît valable. Il y a eu simulation ; les parties ont comparu devant l'officier de l'état civil qui a cru que les deux époux consentaient, alors qu'en réalité l'un d'eux était dans l'impossibilité de manifester une volonté.

Enfin, il faut le remarquer, le Premier Consul, lorsqu'il reconnaît la nécessité d'une action en justice toutes les fois que la nullité du mariage a pour cause la violence, raisonne sur le texte qui a été voté à la fin de la séance du 24 fructidor an IX. Or la première partie de ce texte, « *il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* », est étroitement liée à la seconde qui l'explique : « *il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence, séduction ou erreur sur la personne* ». On peut donc traduire logiquement sa pensée par cette formule : « *il n'y a pas de mariage lorsqu'il y a violence, séduction ou erreur sur la personne* » (1). Dès lors la distinction qu'il aurait faite il se chargerait de la détruire, puisque de son propre aveu les hypothèses de violence, séduction ou erreur sur la personne sont des cas de nullités relatives.

Au surplus, au cours de cette discussion, aucun membre du Conseil d'Etat ne comprend d'une façon plus heureuse la distinction. Réal ne fait-il pas remarquer : « *On a toujours dit en droit que lorsqu'il y a violence, il n'y a pas*

(1) LOYER, *op. cit.*, page 67.

consentement » (1), et Tronchet commet la même confusion. « *Les principes*, dit-il, *sont que le consentement fait le mariage et qu'il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a erreur* » (2). Seul Regnier, lorsqu'on discute, à la fin de la séance du 24 frimaire an X, quelle rédaction l'on donnera à l'article, objecte que cette rédaction, pour être exacte, devrait être ainsi conçue : « *Le mariage est nul lorsqu'il y a violence* » (3). Mais personne ne fait attention à cette remarque (4).

(1) LOCRE, *op. cit.*, IV, page 438, n° 11.

(2) *Id.*, p. 445, n° 12.

(3) *Id.*, pp. 438 et 439, n° 11.

(4) Ce ne sont pas là les seules phrases que l'on pourrait invoquer pour démontrer que les rédacteurs du Code ne comprirent pas la distinction des actes inexistants et annulables. Ainsi que le rappelle Beudant (*Des personnes*, tome I, p. 389), Tronchet déclara une première fois : « *Jamais le mariage n'est nul de plein droit, il y a toujours un titre et une apparence qu'il faut détruire.* » Plus tard, devant le Conseil d'Etat, il dit encore : « *Dès qu'il existe un acte matériel, il y a mariage, qui peut cependant être nul s'il n'est pas intervenu de consentement, et ce mariage subsiste jusqu'au jugement qui en prononce la nullité. C'est ce qu'il importe de faire sentir, afin que les parties ne se croient jamais autorisées à se dégager de plein droit et sans l'intervention des tribunaux* », Locré, *op.cit.*, page 326, n°16. Généralement, les partisans de la doctrine classique passent ces deux phrases sous silence. M. Pize a cependant tâché (*op. cit.*, page 64) d'expliquer la dernière phrase dans le sens le plus favorable aux principes de l'inexistence. Il a prétendu que Tronchet visait l'acte, l'*instrumentum* constatant le mariage, et avait simplement voulu expliquer que, même au cas de mariage inexistant, cet acte devait, en vertu du principe « *Provision est due au titre* », être détruit au moyen d'une action

Il faudrait donc conclure que le Premier Consul a formulé un principe dont il n'a pas compris le sens et que les jurisconsultes qui siégeaient au Conseil d'Etat n'ont pas été plus clairvoyants. Une telle conclusion est inadmissible. Une fois posé, un principe juridique aussi clair que l'inexistence, un principe que l'on dit être un principe de bon sens, devait éviter à celui qui l'avait proposé et pour ainsi dire inventé de tomber dans des erreurs aussi manifestes, surtout lorsque précisément il s'agissait non pas, comme l'affirme Laurent (1), de tirer de ce principe des conséquences lointaines, mais seulement de l'expliquer. Enfin ce principe ne pouvait pas non plus rester incompris des membres du Conseil d'Etat dont beaucoup avaient l'habitude des raisonnements juridiques et des conceptions abstraites.

C'est en vain que la doctrine viendrait soutenir comme dernier argument qu'au moment de voter le texte définitif de l'article 146, le législateur s'est ressaisi, et compre-

en justice, si l'on voulait se prévaloir de l'inexistence de l'acte juridique. L'explication de M. Pize ne nous paraît pas convaincante. Au surplus, pour l'écarter, qu'il nous suffise de remarquer que cet auteur est forcé, pour justifier son opinion, de considérer comme impropres les termes employés par Tronchet. « *L'observation de Tronchet, dit-il, n'a pas d'autre portée, seuls les termes dont il se sert sont inexacts.* » Il serait trop facile de triompher à si bon compte. Voir également la façon dont cet auteur explique certaines paroles de Réal, que M. Beudant (op. cit., tome 1^{er}, page 390), interprète différemment.

(1) LAURENT, *op. cit.*, tome II, page 350.

nant cette fois l'étendue du principe de l'inexistence, a rejeté en bloc les vices du consentement et n'a conservé dans l'article que le principe de la nécessité du consentement (1).

A la fin de la séance du 24 frimaire an X, il fut bien décidé de retrancher de l'article voté le 26 fructidor an IX la dernière phrase « *il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a violence, séduction ou erreur sur la personne* », mais la suppression fut-elle consentie sur l'observation du Premier Consul et afin d'éviter toute confusion entre les mariages inexistants et les mariages annulables ? La doctrine le prétend ; mais, en réalité, il est impossible de dire quel a été le sens de ce vote. En effet, voici ce qui se passa : le Premier Consul ayant fait une remarque à propos de l'erreur, il s'ensuivit une discussion des plus confuses qui ne porta même pas sur la distinction à faire entre les mariages inexistants et les mariages annulables. Il fut impossible aux membres du Conseil d'Etat qui y prirent part de s'entendre et même d'arriver à manifester bien clairement leur pensée. La discussion se prolongeait lorsque le Consul Cambacérès proposa de retrancher le dernier alinéa de l'article, ce qui était assez sa manière de résoudre les difficultés (2). C'est dans ces conditions que le texte de l'article 146 actuel fut accepté. Cette suppression de l'alinéa 2, n'ayant eu d'autre but que

(1) GLASSON, *op. cit.*, n° 147.

(2) LAURENT, *op. cit.*, tome II, page 352.

de mettre fin à une difficulté sur la solution de laquelle les rédacteurs n'arrivaient pas à s'entendre, ne peut avoir modifié du tout au tout le sens de l'alinéa premier que les discussions qui se sont élevées au cours des séances des 26 fructidor an IX et 24 frimaire an X ont toujours présenté comme intimement lié à l'alinéa deux qui l'expliquait.

Il est certain que, si le Consul Cambacérès avait été logique, ce n'est pas seulement la suppression de l'alinéa second qu'il aurait proposée, mais celle de l'article tout entier. Si cette suppression n'a pas été faite, c'est sans aucun doute pour ne pas laisser vide la place désignée à l'article 4 du Projet. C'est, comme on l'a fait remarquer, par amour de la symétrie que cet article, cruellement amputé, a été sauvé d'une disparition complète. L'article 146 actuel a sa place toute marquée au **Chapitre I^{er} du Titre V** où sont énoncées les différentes causes de nullité : Impuberté (art. 144) ; Bigamie (art. 147) ; Parenté à un degré prohibé (art. 161-164) et non loin des articles 165-172 qui traitent des formalités relatives à la célébration du mariage.

D'ailleurs, en laissant subsister l'article 146 tel quel, les rédacteurs ont pensé que s'il ne pouvait plus avoir une utilité, il ne saurait jamais faire naître de difficultés.

Enfin, à ceux qui prétendraient qu'il est vraiment trop facile d'écarter l'article 146 sous prétexte qu'il n'a aucun sens, nous rappellerons que, parmi les rédacteurs du Code, ceux qui ont voulu trouver un sens à l'article 146 l'ont

rapproché de son alinéa deuxième, ou plutôt, puisque cet alinéa a été supprimé, de l'article 180 qui, comme cet alinéa, parle de l'erreur et de la violence. C'est ainsi que Boutteville, dans son discours au Tribunat, déclare : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement. L'article 180 n'est que le développement et la conséquence de cette disposition ; il n'y a pas de consentement s'il n'a été parfaitement libre, s'il a été l'effet de la violence et de l'erreur ; là est la vérité* » (1).

Et nous ferons, pour terminer, la remarque suivante qu'a déjà faite la jurisprudence. L'article 184, dont la disposition est limitative, n'édicte une sanction que pour les empêchements visés aux articles 144, 147, 161, 162 et 163. Il ne parle pas de l'article 146 et, comme il est certain que le défaut absolu de consentement des époux n'est pas plus négligeable que le défaut de consentement des parents, par exemple, et que, d'autre part, l'article 180 est le seul article du chapitre IV qui parle du consentement des époux, il semble bien que la sanction de l'article 146 se trouve renfermée dans cet article 180 qui l'explique et le développe.

La démonstration que nous venons de faire aboutirait donc à cette conclusion que, non seulement le législateur n'a pas, dans l'article 146, consacré le principe de l'inexistence, mais encore qu'il semble bien avoir voulu

(1) Cité dans LAURENT, *op. cit.*, tome II, page 352.

placer la sanction de la nullité édictée par cet article dans l'article 180. Cependant, ayant reconnu l'obscurité des travaux préparatoires et ne voulant pas attacher une trop grande valeur à la pensée présumée mais toujours incertaine du législateur, nous nous contenterons d'une conclusion plus modeste qui nous permettra d'agir librement dans les recherches que nous allons entreprendre et de choisir, des deux solutions qui s'offrent à nous, celle qui est le plus en rapport avec les faits, la plus conforme à la réalité. Ce n'est que plus tard, lorsque nous aurons pris parti, que nous essaierons de faire concorder la solution que nous aurons admise avec les textes du Code.

Concluons donc simplement qu'au cours de la rédaction de l'article 146, à aucun moment la distinction des mariages inexistantes et annulables n'a été faite, ce qui explique que les rédacteurs et les premiers commentateurs du Code ne l'aient pas aperçue. L'erreur de la doctrine est de considérer les mots *il n'y a pas* du texte comme ayant le sens qu'on donne au terme aujourd'hui technique d'inexistant. Si le texte avait employé le mot nul, on eut pu alors en tirer une conclusion certaine. Ce terme technique traîne, en effet, après lui tout un cortège de conséquences ; mais ici ce n'est pas le cas, « car si l'on peut traduire *il n'y a pas* par *n'existe pas*, où l'erreur se glisse, c'est en traduisant *n'existe pas* par *inexistant*. Il faut savoir ce que les mots veulent dire et tout ce qu'on y a mis. Or le terme *inexistant* a, dans nos commentai-

res actuels, un sens propre et très juridiquement précis, comme les expressions : *nullités absolues* et *nullités relatives*, puisque l'inexistence est devenue une branche de la classification ternaire (ou binaire) de ce qu'on appelle le système général des nullités » (1).

(1) **LOYER**, *op. cit.*, page 72. L'on peut également se reporter à la thèse de M. Drogoul, pages 76 et s. ; à la page 81 et à propos du sens que la doctrine classique donne aux mots *il n'y a pas* de l'art. 146, il écrit à peu près ceci : « *Il y a là une équivoque qu'il importe de dissiper, car elle est à la base de tous les arguments de textes dont on veut justifier la théorie de l'inexistence. Grâce à cette équivoque, les articles invoqués dans ce sens sont détournés de leur signification naturelle, et la faute n'en est pas aux termes qu'ils emploient, mais à ceux qu'ont choisis leurs interprètes pour désigner leur doctrine même* », et à la page 82, il ajoute : « *La théorie de l'inexistence est d'abord née dans l'esprit des interprètes. Ceux-ci ont cherché à l'exprimer par des formules. Au lieu de choisir pour ces formules des termes techniques, ils ont introduit dans leur exposé les termes qui étaient personnels au législateur, quand celui-ci voulait parler la langue de tout le monde.* »

§ 2

Etudes des conséquences produites par l'absence de consentement des époux dans le mariage. — Aspect sous lequel, pratiquement, se présente la nullité. — L'apparence de validité qui résulte de la célébration du mariage. — Son caractère, sa valeur. — L'impossibilité qu'il y a à considérer comme inexistant le mariage dont la célébration a eu lieu devant un officier de l'état civil compétent. La nécessité d'exercer une action en justice. — Caractère de cette action.

Ce premier point élucidé, il est temps d'envisager la question au fond et de chercher à déterminer quelles peuvent être les conséquences produites par l'absence de consentement des époux.

Le mariage, explique la doctrine, ne peut exister sans la volonté des époux. C'est ce consentement qui donne la vie à l'acte juridique et, en son absence, on ne peut parler de contrat. En d'autres termes, il est logiquement impossible que deux personnes soient unies par un mariage auquel l'une d'elles n'a pas donné son adhésion. Par conséquent, à défaut de consentement, le mariage est inexistant et la célébration qui a pu intervenir ne donne à l'acte qu'une vaine apparence.

Logiquement le raisonnement se tient, mais la solution à laquelle il conduit est-elle exacte ? Concorde-t-elle avec les faits ? Cherchons comment les choses se passent pratiquement et tâchons de découvrir sous quel aspect la nullité se présente dans la réalité.

Pour sa formation, l'union conjugale exige le concours de trois éléments :

1° Le consentement des futurs époux ; — 2° La différence de sexe entre les contractants ; — 3° Une célébration dans des formes légalement déterminées.

Raisonnant sur l'absence de consentement, nous devons supposer que les deux autres conditions se trouvent remplies. Les époux seront donc de sexes différents et le mariage aura été régulièrement célébré, seule la volonté des époux aura fait défaut.

Il faut, puisque nous recherchons sous quel aspect peut se présenter la nullité, que nous déterminions les raisons de cette absence de consentement.

La doctrine admet généralement comme empêchant la volonté des époux de se former et par conséquent comme rendant le mariage inexistant l'un des faits suivants (1) :

(1) BEUDANT, *op. cit.*, tome 1^{er}, n° 224. — GLASSON, *op. cit.*, pages 239 et 240. M. Loyer fait, entre la substitution de personne et l'erreur sur l'identité physique, une distinction que nous ne comprenons pas, et il nous semble que cet auteur considère comme un cas d'erreur sur l'identité physique une hypothèse qui est regardée par la doctrine comme une erreur sur l'identité civile. (LOYER, *op. cit.*, page 74 (C.).

« 1^o La volonté de l'un des futurs époux de ne pas
» consentir lorsqu'il se trouve en présence de l'officier de
» l'état civil, ou l'impossibilité matérielle dans laquelle
» il a été de donner son consentement.

» 2^o L'état de démence, de fureur ou d'imbécillité
» de l'un des conjoints.

» 3^o L'ivresse, cet état étant comme le précédent
» destructif de toute volonté. Au fait d'ivresse l'on ajoute
» quelquefois les faits de suggestion hypnotique. Des
» personnes pensent, en effet, que certaines gens ont le
» pouvoir de faire faire à d'autres ce qu'ils veulent et
» cela de loin, à distance, sans qu'il y paraisse. Ceux qui,
» par hypothèse, admettent la possibilité d'un tel
» phénomène concluent qu'en ce cas il y a absence de
« consentement, que l'élément intentionnel constitutif
» de l'adhésion mentale fait défaut ;

» 4^o Enfin, à cette liste, l'on joint le plus souvent
» l'erreur sur l'identité physique. Lorsqu'au moment de
» la célébration l'on a substitué une personne à celle
» que consentait à épouser celui à l'insu de qui a eu lieu
» la substitution, le consentement ferait défaut. L'adhé-
» sion donnée, fait-on observer, s'adresse mentalement à
» une personne autre que celle qui est présente. »

Voilà tous les cas d'absence de consentement.

Il faut, d'ailleurs, remarquer que les auteurs ne sont pas tous d'accord sur cette énumération. Principalement en ce qui concerne l'erreur sur l'identité physique, la doctrine classique est très divisée. Certains rangent

l'erreur sur la personne parmi les causes d'inexistence (1) ; parce qu'il y a, disent-ils, les mêmes raisons de logique pour appliquer à ce cas d'absence de consentement la sanction qui est reconnue aux autres cas. D'autre part, l'article 146, ajoutent-ils, est assez large pour comprendre tous les cas d'inexistence, et l'article 180 ne peut prétendre régir toutes les hypothèses d'erreur.

Au contraire, suivant d'autres auteurs, Aubry et Rau et M. Houques-Fourcade, l'on devrait appliquer en ce cas la sanction de l'article 180 (2). Ces auteurs reconnaissent bien que logiquement il devrait en être autrement et que, d'après les principes philosophiques, l'inexistence devrait être appliquée ; mais ils la repoussent sous prétexte que lors de la rédaction de l'article 180, le Premier Consul ayant fait la distinction entre l'erreur sur l'identité physique, cause d'inexistence, et l'erreur sur l'identité civile, cause d'annulabilité, les rédacteurs n'auraient pas accepté cette distinction et auraient décidé que tous les cas d'erreur entraîneraient, aux termes de l'article 180, une nullité relative. Ces auteurs applaudissent à

(1) Dans le sens de l'inexistence : DEMOLOMBE, *op. cit.*, tome III, p. 246. — GLASSON, *op. cit.*, pages 241 et 244. — BEUDANT, *op. cit.*, tome I, n° 224.

(2) Dans le sens de la nullité relative, HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, tome 2, n° 1718 et suivants. — AUBRY et RAU, 4^e édit., t. V, § 451, page 12, note 5. — LAURENT, tome II, n° 291, pages 370 et s. Voir l'état de la jurisprudence sur cette question. FLANJOL, *op. cit.*, n° 1062 à 1066.

cette décision ; elle leur semble plus équitable que la pure application des principes qui conduiraient à cette conséquence inique « *qu'à toute époque, et peut-être après plusieurs années de cohabitation des époux, tout intéressé, voire même celui des conjoints qui aurait trompé l'autre, pût faire proclamer l'inexistence du mariage sur le fondement d'une erreur* » (1).

Il est assez étonnant de voir ces auteurs écarter ici, sous prétexte de raison et d'équité, les règles de l'inexistence, eux qui, pour tous les autres cas, appliquent ces règles sans s'inquiéter de leurs conséquences, et M. Houques-Fourcade principalement, se refusent à apporter toute atténuation aux principes. Est-ce que l'inexistence ne s'impose pas d'elle-même, automatiquement et toujours avec la même force, de l'aveu même de ces auteurs ? S'il suffit de trouver des raisons d'équité pour justifier une solution contraire au principe de l'inexistence, il sera facile de démontrer que ce principe ne devra jamais recevoir son application lorsque le consentement des époux fera défaut. Comme on l'a très justement fait remarquer, les raisons que ces auteurs ont d'écarter les règles de l'inexistence au cas d'erreur sur l'identité physique existent au même titre pour tous les cas d'absence de consentement.

Nous retrouverons ces arguments lorsqu'il s'agira de repousser la solution de la doctrine ; ce moment venu, nous tâcherons d'en tirer profit. Pour l'instant, il suffisait

(1) HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, n° 1724.

de souligner le désaccord des partisans les plus convaincus de la théorie de l'inexistence à peine sortis et comme sur le seuil de leur définition générale (1).

De tous les cas d'absence de consentement que nous venons d'énumérer, un seul est vraiment pratique, c'est celui de démence, fureur ou imbécillité d'un des époux. C'est le seul qui se soit jamais présenté devant les tribunaux, ainsi qu'on a pu le constater lorsque nous avons exposé l'état de la jurisprudence sur la question. Tous les autres sont des hypothèses d'école. Il est, en effet, difficile de concevoir que des personnes comparaissent devant un officier de l'état civil et déclarent consentir, tout en ayant dans leur for intérieur l'intention bien arrêtée de ne pas donner un consentement sérieux ; sans compter que si l'hypothèse se présentait, il serait impossible aux époux de prouver la simulation. Egalement, comment expliquer qu'une substitution de personne ait eu lieu au moment de la célébration sans que l'autre futur époux s'en soit rendu compte ? Enfin, est-il possible qu'un acte de mariage constate l'union de deux époux dont l'un n'a pas comparu devant l'officier de l'état civil ? Il faudrait alors supposer qu'une personne se soit emparée de l'état civil de celui qui n'a pas comparu, qu'elle se soit fait passer pour lui ? Dans ce cas, il est certain que ce dernier ne pourrait être considéré comme uni à la personne qui a été trompée par le faussaire. Cette personne, trompée sur

(1) LOYER, *op. cit.*, page 76.

l'identité civile de son conjoint, se trouverait mariée avec celui qui s'est effectivement présenté devant l'officier de l'état civil, sauf, bien entendu, à demander la nullité du mariage en vertu de l'article 180. Quant à celui qui ne serait pas intervenu à la célébration, personne ne songerait à soutenir qu'il est marié, quand bien même l'acte de mariage porterait son nom. Pour écarter cet acte, il lui suffirait, d'ailleurs, de montrer la fausseté des mentions qui y seraient contenues en dévoilant la supercherie. Ce qu'il convient surtout de remarquer ici, c'est que, pour reconnaître que la personne qui n'a pas comparu devant l'officier de l'état civil n'est pas mariée, il n'est pas besoin d'appliquer le principe de l'inexistence.

Nous reviendrons d'ailleurs sur toutes ces hypothèses au cours de nos recherches si cela est nécessaire. Pour l'instant, nous devons raisonner sur l'hypothèse qui est la seule pratique, sur celle où l'absence de consentement résulte de la démence ou de l'imbécillité de l'un des époux.

La démence, avons-nous dit, est, pour la doctrine classique, exclusive du consentement. Un dément, bien qu'ayant effectivement comparu devant l'officier de l'état civil et ayant répondu affirmativement aux questions que celui-ci lui a posées, n'en devra pas moins être considéré comme n'ayant pas consenti, les réponses qu'il a pu faire n'ayant correspondu à aucune adhésion mentale. Soit ! Il faut toutefois reconnaître, et ceci la doctrine

classique ne peut nous le contester, que la nullité résultant de cette absence de consentement ne sera pas toujours apparente ; l'on peut même dire qu'elle ne le sera jamais. En fait, lorsque les parties auront comparu devant l'officier de l'état civil, ce dernier ne se sera pas aperçu de l'état de démence d'un des conjoints. Il est, en effet, des folies qui ne se révèlent pas extérieurement. il aura donc cru que les deux époux étaient conscients et consentaient effectivement ; en conséquence, il aura prononcé l'union entre eux. On ne peut expliquer autrement que des mariages soient célébrés entre deux personnes dont l'une ne jouit pas de ses facultés. Jamais, en effet, un officier de l'état civil ne consentirait à marier une personne dont il constaterait la folie.

Ainsi l'observation des faits nous permet de faire cette constatation : dès qu'une célébration aura eu lieu, célébration en apparence régulière, puisque l'absence de la faculté de consentir chez l'un des époux ne se sera pas révélée, le mariage apparaîtra au premier abord comme pleinement valable.

Quelles seront, maintenant, les conséquences de cette apparence de validité ? La nullité n'étant pas évidente, celui qui voudra l'invoquer ne devra-t-il pas faire tomber tout ce qui la cache ? Ne devra-t-il pas exercer une action en justice ?

La doctrine classique répond que cette apparence de validité n'influe en rien sur le droit qu'a tout intéressé de se prévaloir de l'inexécution d'un acte sans avoir

pour cela à exercer une action. Puisque le dément n'a pas consenti, dit-elle, il ne peut y avoir mariage, la célébration est impuissante à donner une valeur à quelque chose qui n'existe pas. Nous connaissons le raisonnement. Elle reconnaît cependant que, si un acte de célébration a été dressé, il faudra faire tomber cet acte en vertu du principe que « Provision est due au titre » ; seulement l'action exercée viserait non le mariage lui-même, mais l'acte, l'*instrumentum* qui en constate faussement l'existence.

Contrairement à cette doctrine, nous croyons que l'apparence de validité qu'offre tout mariage une fois qu'il y a eu célébration, a une réelle valeur et qu'elle ne peut être aussi facilement écartée. Nous allons tâcher de le démontrer :

D'une façon générale, dès qu'un élément dit essentiel à la formation de l'acte juridique, comme le consentement, par exemple, vient à manquer, les auteurs classiques, sous prétexte que, logiquement, l'acte n'a pu arriver à formation, parlent de néant juridique et refusent de reconnaître la nécessité d'une action en justice pour invoquer la nullité.

Or, en fait, un acte, si nul qu'il soit, si dépourvu d'un élément essentiel à sa formation, peut avoir une existence apparente que vainement la théorie prétendrait méconnaître. Si un acte s'impose à l'attention du juriste, s'il met en jeu certains intérêts, s'il préoccupe en fait certaines personnes, c'est qu'il ne s'agit pas d'un de ces

actes les plus inexistants de tous dont, parfois, parlent les auteurs et auxquels personne n'a jamais songé (1).

Quant à cette apparence de validité que peut présenter un acte nul, elle résulte soit de faits qui sont intervenus lors de sa passation, soit de faits d'exécution.

En premier lieu, bien souvent l'acte nul en droit paraît régulièrement passé. Des consentements ont été échangés sans que, dans les paroles, dans la manière d'être des contractants, rien n'ait semblé anormal. Un écrit a également pu être rédigé, un acte dressé. Il se peut même que l'on ait employé des formes plus solennelles, comme dans le mariage, par exemple. Par le fait de sa passation, l'acte peut donc avoir une importance pratique très réelle encore qu'un peu idéale. L'on comprend, en effet, qu'indépendamment de toute exécution à consentir ou à subir *hic et nunc*, il ne soit pas indifférent de connaître si l'acte est nul ou valable ; la simple idée que peut avoir une personne de l'existence ou de la non existence de l'acte est digne de considération.

Dans ce cas l'acte se présente avec une régularité extérieure susceptible de lui faire attribuer *in se* et en son ensemble une valeur propre.

En second lieu, un acte, quoique nul, peut également avoir été exécuté en partie. Les faits d'exécution qui auront en lieu lui donneront encore une apparence de validité. Comme il n'aura peut-être produit que quelques-

(1) JAPIOT, *op. cit.*, 2^e partie, chap. II, pages 170 et s.

uns de ses effets, son existence apparente sera plus limitée que lorsqu'elle résultait de faits de passation qui le symbolisaient plus directement tout entier ; mais aussi l'apparence aura alors une valeur plus objective ; sa nature en quelque sorte plus matérielle lui donnera une force de résistance plus grande contre les conceptions et les vnes théoriques. Plus elle sera un fait, plus il sera difficile de la méconnaître sans dénaturer les choses. C'est là surtout qu'elle s'oppose à la notion de néant ; l'exécution aura donné à l'acte, si nul qu'il soit, une certaine existence dont il faudra juridiquement tenir compte.

Ainsi, l'acte nul peut, en apparence, être valable, et l'on comprend alors l'importance réelle qu'aura, lorsqu'on voudra en organiser la destruction, cette apparence qui résulte soit de faits de passation, soit de faits d'exécution (ces deux formes pouvant, au surplus, se superposer, les éléments de formation et les éléments d'exécution pouvant à certains égards former un bloc). En effet, si le titulaire de la nullité, lorsqu'il voudra l'invoquer, ne se trouve pas en face d'un état conforme à celui de nullité, s'il se heurte à un ensemble de faits contraire à l'état de droit, il sera forcé, ne pouvant se faire justice à lui-même, d'intenter une action qui aura précisément pour but de détruire l'état d'existence de fait de l'acte pour lui substituer l'état de nullité, seul conforme au droit.

En un mot, l'action en justice devient nécessaire

toutes les fois qu'on se heurte à une résistance ou qu'il existe une apparence incompatible avec l'état de nullité.

Ce premier point acquis, il reste à démontrer que, dans cette action le rôle du juge sera celui qu'il possède dans toute action en nullité (1).

La doctrine classique prétend, au contraire, qu'il faut distinguer : le rôle du juge serait actif au cas d'annulabilité, passif au cas d'inexistence. Nous savons les raisons que cette doctrine donne de cette distinction : l'inexistence étant un pur fait, s'imposerait par la force même des choses et de la façon la plus absolue. Le juge n'aurait qu'à s'incliner lorsqu'il la rencontrerait, il devrait consacrer la solution conforme à cette nullité. En un mot, il constaterait l'inexistence. Au cas de simple annulabilité, au contraire, l'acte prendrait naissance, la nullité qui le frappe n'existant pas *ipso jure*, ne s'établirait qu'*actionis* ou *exceptionis ope* par l'effet d'un jugement. Il faudrait l'intervention d'une autorité pour procurer la suppression de cet acte qui vit provisoirement. L'annulation serait donc l'œuvre du juge qui mettrait fin à l'état d'existence et lui substituerait un état nouveau de non existence. Il ne constaterait pas, il *prononcerait* la nullité.

Cette conception de la doctrine classique apparaît inexacte et son principe n'est qu'une survivance historique injustifiée (2). En droit romain et dans l'ancien

(1) JAPIOT, *op. cit.*, 2^e Partie, chap. VI, pages 333 et s.

(2) JAPIOT, *op. cit.*, 2^e Partie, chap. IV, pages 278 et s.

— DROGOUL, *op. cit.*, page 183.

droit, il y avait des actes nuls *ipso facto* et des actes qui, au contraire, provisoirement valables, n'étaient rendus inefficaces que par un acte de l'autorité. A Rome, à côté des nullités du droit civil, qui opéraient de plein droit, rendaient l'acte nul *ab initio*, il y avait les nullités du droit honoraire qui n'existaient qu'en vertu d'une sentence du magistrat : d'après le vieux droit civil, l'acte existait, seulement le magistrat, s'il ne pouvait attaquer de front et abroger en elle-même la règle civile, avait au moins un pouvoir assez fort pour dispenser, en détail, de son application ; ce faisant, il conférait au demandeur un droit nouveau que celui-ci ne pouvait présenter comme lui appartenant par la volonté même de la loi. Il en était de même dans l'ancien droit avec **les lettres de rescision**. Mais, de nos jours, cet antagonisme de législation n'existe plus, puisqu'il n'y a qu'une source législative. Toutes les nullités sont identiques dans leur nature.

En droit, le rôle du juge, quelle que soit la nullité qui lui est soumise, est purement passif. En effet, un principe général de notre procédure est celui de la passivité du juge. Sauf exceptions, le juge assiste aux attaques et aux parades des parties, comme un arbitre impassible, se bornant à marquer les coups. Il prend le débat tel qu'on le lui présente et reçoit les questions telles qu'on les lui soumet. Il y a cependant exception lorsque la nullité est d'ordre public, auquel cas le juge peut intervenir activement.

Si l'arbitraire du juge est exclu en droit, en fait, lorsqu'une nullité est invoquée devant lui, elle n'est pas toujours si évidente qu'il suffise de la constater. Le juge sera presque constamment amené à avoir un rôle actif. Il lui faudra rechercher s'il y a bien nullité, si le titulaire est dans les conditions pour l'exercer. Il se livrera à un certain travail de recherches. Il appréciera les indices qui lui seront fournis. Même, souvent, il aura à dire si la règle de droit invoquée s'applique bien à l'espèce qui lui est soumise. Ce qu'il faut bien remarquer, c'est que ce rôle actif que va tenir le juge, ce travail de recherche auquel il sera obligé de se livrer pour se prononcer sur la nullité, lui seront imposés aussi bien pour les cas d'*inexistences* que pour les cas d'*annulabilités*; car une inexistence peut être moins apparente, plus douteuse qu'une annulabilité, et le juge peut avoir à sonder plus profondément les faits, à juger d'une façon plus arbitraire à propos d'une inexistence que pour n'importe quelle annulabilité.

En résumé, une action en justice est toujours nécessaire lorsque la nullité, quelle qu'elle soit, se cache derrière une apparence de validité (1). Dans cette action,

(1) L'apparence de validité que présente l'acte nul n'est pas la seule cause qui puisse rendre l'action en nullité nécessaire. Elle peut être rendue utile par l'intérêt que possède le titulaire de la nullité à faire, avant tout conflit, constater cette nullité dont il ne pourrait prouver l'existence que difficilement, s'il tardait à s'adresser à la justice. L'action se comprend encore dans d'autres hypothèses. Voir sur ce point JAPIOT, *op. cit.*, 3^e Partie. Titre premier.

le rôle du juge est identique à celui qu'il possède dans toute action en nullité. En droit, ce rôle est purement passif ; en fait, il est presque toujours actif ; il suffit que la nullité ne soit pas certaine, pour que le juge soit obligé de se soumettre à un travail de recherches et par là même d'intervenir activement.

Si donc l'on accepte cette façon d'envisager les choses, si l'on doit tenir compte de l'apparence de validité que peut revêtir tout acte nul, à plus forte raison faut-il, lorsqu'il s'agit de mariage, reconnaître à l'apparence qui résulte de la célébration une importance capitale.

En effet, en premier lieu, le mariage possède, envisagé *in se* et indépendamment de ses effets, une valeur propre. De ce fait, l'apparence de validité que lui donne la célébration joue un rôle plus important que celui rempli par tout fait de passation dans un acte juridique quelconque, qui n'existe réellement que par les conséquences qu'il produit.

Secondement, — raison autrement importante, — cette apparence de validité du mariage n'est pas seulement une simple apparence de pur fait nécessitant, en vertu du principe que « *Nul ne peut se faire justice à soi-même* », l'exercice d'une action de la part de quiconque, voulant invoquer la nullité, se voit opposer cette apparence. L'existence apparente que le mariage acquiert du fait de la célébration a, croyons-nous, une véritable valeur de droit. Dès qu'il y a eu célébration, le mariage existe, non-seulement en fait, mais juridiquement, quelle que

soit la nullité dont il est atteint, même si le consentement des époux fait défaut.

Ces deux propositions sont faciles à démontrer :

Tout d'abord il est évident que le *Mariage* est un contrat dont le but est essentiellement moral. Lorsque deux personnes se présentent devant l'officier de l'état civil afin qu'il les unisse, ce n'est pas principalement en vue des conséquences patrimoniales de l'acte qu'elles contractent (acquisitions réciproques résultant de la loi ou des conventions matrimoniales qui peuvent les accroître ou les diminuer considérablement). Les devoirs et les droits extrapatrimoniaux eux-mêmes ne sont pas voulus en tant qu'effets juridiques spéciaux et isolés, sanctionnés par la loi. Le but visé par les époux, c'est la création d'un lien purement moral et abstrait, d'un état juridique idéal, de celui d'époux, qui a en lui-même une valeur propre. C'est à ce résultat, la conviction d'être mariés, qu'ils ont voulu en définitive aboutir ; en sorte que le mariage vaut surtout par la croyance que l'on a en son existence. En d'autres termes, l'effet capital du mariage se confond avec son existence théorique (1).

Or, la création de ce lien idéal, de cet état idéal d'époux, ne dépend pas des volontés individuelles ; elle est au-dessus d'elles. Dans le mariage, il y a autre chose qu'une simple convention, il y a un acte de l'autorité

(1) JAPIOT, *op. cit.*, 2^e partie, chap. II, pages 251 et s.

publique (1). Il suffit, pour s'en rendre compte, d'analyser l'acte. Le caractère extracontractuel du mariage apparaît même plus nettement encore dans notre mariage civil que dans le mariage religieux de l'ancien droit. Ce dernier résultait, en effet, du seul échange du consentement des époux, et le prêtre assistait les époux comme témoin seulement ; il n'avait pas pour fonction de créer le lien conjugal ; il ne représentait pas d'une façon active la puissance divine. Le **Code civil**, au contraire, abandonnant d'une manière très nette la conception d'après laquelle l'échange du consentement était l'élément essentiel du mariage, a considéré que le mariage devait être l'œuvre de l'autorité sociale, et cette idée ressort clairement de la réglementation qu'il a instituée. L'intervention du pouvoir civil se manifeste par la participation réelle d'un de ses représentants. Ce représentant a un rôle actif : aux termes de l'article 75 **Code civil** non seulement il doit « *recevoir de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme* », mais encore, pour que l'union existe, il doit prononcer « *au nom de la loi qu'elles sont unies par le mariage* ».

Le mariage, donc, s'il suppose un contrat, et s'il est par là l'œuvre des parties, n'en est pas moins, au même

(1) *Ibid.*, pages 255 et s., note 1 de la page 255 où M. Japiot expose la théorie du mariage, acte de l'autorité publique, que défend M. Lefebvre ; également note 2 de la page 257.

titre, un acte de l'autorité publique seule capable de créer le lien conjugal.

L'on voit ainsi l'importance capitale de la forme en matière de mariage. Le rôle de l'officier de l'état civil est bien différent de celui d'un officier public qui reçoit simplement un acte, qui ne donne à l'acte qu'une enveloppe matérielle — comme un notaire par exemple — et dont le rôle est, par conséquent, presque exclusivement passif. Ici l'acte émane de l'autorité publique autant que des parties. La forme a donc sa valeur propre, et même l'on peut dire que la cohabitation n'est pas à proprement parler une condition de forme, mais un des deux éléments essentiels du fond même de l'acte (1).

La conséquence à tirer de ce que la célébration constitue un acte de l'autorité publique est la suivante :

Une fois que cette célébration a eu lieu, l'état juridique d'époux existe. Certainement c'est à tort et sans fondement que l'autorité publique est intervenue, puisqu'elle ne devait le faire que du consentement des deux époux et que la volonté de l'un d'eux a fait défaut. Il n'en est pas moins vrai cependant que, si son adhésion a été donnée à tort par suite de l'erreur de l'officier de l'état civil qui ignorait l'empêchement, elle n'en a pas moins été donnée. Etant indépendante de l'accord des époux, parce qu'elle lui est supérieure, cette adhésion subsiste tant que l'autorité n'a pas, elle-même, reconnu

(1) JAPIOT, *op. cit.*, page 259.

son erreur. Les époux resteront donc liés jusqu'au moment où l'autorité publique interviendra à nouveau et en sens contraire, et ainsi détruira, par un jugement d'annulation, l'acte qu'elle n'aurait pas dû consentir.

L'on voit qu'ici même, dans le domaine du droit théorique (ce qui est une exception), le rôle du juge est des plus actifs. Il n'a pas à constater un état de droit préexistant ; il ne s'agit pas d'une nullité dont la loi attribue à tout intéressé, *de plano*, le bénéfice, ou que la loi laisse à la seule volonté du titulaire le soin de rendre effective par une simple option. Le juge n'intervient pas pour trancher une contestation ; puisque l'accord des parties sur l'annulation ne suffirait pas à les délier. Il substitue à l'état d'époux un état nouveau ; il rétablit les parties dans leur état de personnes non mariées. Il ne fait donc pas acte de « *jugeur* », mais acte d'*autorité*. Il exerce plutôt un *imperium* qu'une *juridictio* (1).

L'on aperçoit maintenant le caractère et l'importance de l'apparence de validité résultant de la célébration. Dès que le mariage a été célébré, les choses ne sont plus en état, l'effet essentiel du mariage est atteint. Il s'est réalisé *ipso facto* dès la passation et par le fait seul de cette passation. Il est alors difficile de parler de néant. L'on ne se trouve pas seulement en face d'une simple apparence de fait, constituée à la fois par des éléments de formation et des éléments d'exécution, puisque dans le

(1) JAPIOT, *op. cit.*, pages 525 et s.

mariage ces deux éléments se confondent ; Il y a dans l'intervention de l'autorité publique qui a créé l'état juridique d'époux quelque chose de plus profond qu'un acte matériel, l'action qui sera exercée n'aura pas seulement à faire disparaître un fait ; elle aura pour but d'apporter une modification de fond, de créer un état nouveau et le jugement à intervenir sera, non pas déclaratif, mais attributif d'état (1).

*
* *

La solution à laquelle nous aboutissons et qu'avec la jurisprudence l'on peut formuler ainsi : « *Dès qu'il y a eu célébration le mariage n'est pas nul de plein droit* », a été défendue, il est intéressant de le constater, par une partie de la doctrine classique, particulièrement par MM. Labbé et Beudant.

Dans une note au Sirey, sous un arrêt de la Cour de Bastia que nous avons analysé, M. Labbé (2) se refuse à admettre, comme le veut la théorie classique, qu'à défaut d'un élément essentiel, en l'espèce le consentement, le mariage soit inexistant et qu'il ne soit même pas né-

(1) Ainsi s'expliquerait très simplement l'effet absolu des jugements en matière de mariage. Voir sur ce point les développements contenus dans la thèse Japiot, pages 525 à 530, et la note 2 de la page 526 où est critiquée la thèse de M. Planiol sur l'autorité des jugements en matière de nullités de mariage. (PLANIOI, *op. cit.*, tome 1^{er}, page 362).

(2) LABBÉ, note sous Bastia, 8 février 1888, S. 89-2-177.

cessaire d'intenter une action en justice. Il écrit à ce sujet : « *Cette opinion (de la doctrine classique) est selon nous absolument inacceptable. Toutes les fois qu'un acte de célébration de mariage a été dressé, il est alors nécessaire, pour en faire cesser les effets, qu'un jugement prononce la nullité. En vertu de la règle « **Provision est due au titre** », l'acte de célébration doit être cru et le mariage être efficace jusqu'à ce que la justice ait détruit l'autorité de cet acte authentique* ».

M. Beudant (1) déclare également : « *Dès que le mariage a une existence de fait par suite de la célébration, quelque grave que soit la nullité qui l'atteint, il ne peut être annulé que par jugement; provision est due à l'acte qui existe jusqu'à nullité prononcée.* » Même pour cet auteur cette solution serait celle que la loi a consacrée. Pour le prouver, il cite ces paroles prononcées par Tronchet à propos de l'article 146 : « *Jamais le mariage n'est nul de plein droit, il y a toujours un titre et une apparence qu'il faut détruire.* » Ainsi que celles-ci qui furent dites un peu plus tard, mais à la même occasion : « *Dès qu'il existe un acte matériel, il y a mariage qui peut cependant être nul, s'il n'est pas intervenu de consentement, et ce mariage subsiste jusqu'au jugement qui en prononce la nullité, c'est ce qu'il importe de faire sentir, afin que les*

(1) BEUDANT, *op. cit.*, tome 1^{er}, n° 280, page 388.

parties ne se croient jamais autorisées à se dégager de plein droit et sans l'intervention des tribunaux » (1).

Une telle solution, contraire à la théorie classique, est chez Beudant d'autant plus surprenante que, partisan de la conception de l'inexistence, il n'admet pas d'annulation d'acte ordinaire, en dehors des nullités relatives. Il a compris qu'en matière de mariage, plus que partout ailleurs, il était impossible de parler de néant et d'appliquer le principe qui, pourtant, une fois admis pour les actes juridiques en général, devrait l'être également pour le mariage.

L'opinion de MM. Labbé et Beudant a été très combattue. Principalement, l'on a fait à M. Beudant quelques objections qui paraissent très justes. Ce n'est pas seulement dans le mariage, lui a-t-on répondu, que lorsqu'on voudra invoquer la nullité l'on se heurtera

(1) Ces paroles de Tronchet sont en effet significatives, et nous indiquons en passant que, même à notre avis, on peut leur trouver un sens encore plus précis. Il est possible d'y voir exprimer cette idée que nous nous sommes attaché à préciser plus haut : « L'action en justice est non-seulement nécessaire lorsque celui » qui invoque la nullité se voit opposer l'apparence résultant » de la célébration ; mais encore elle s'impose même lorsque les » parties sont d'accord sur l'existence de la nullité ; parce qu'ici » il n'y a aucune place pour un accord tacite des parties. De même que la création du lien conjugal est en dehors et au-dessus » des volontés individuelles, de même la destruction de ce lien ne » peut être opérée que par l'autorité qui l'a créé ». Voir, sur cette question, Japiot, pages 452, 453, note 3.

à un écrit affirmant l'existence de l'acte. Le fait se présentera toutes les fois que la convention nulle aura été constatée par un titre authentique ou tout autre titre. Il n'y a donc aucune raison pour reconnaître à l'acte de célébration du mariage une importance que l'on refuse à tout autre écrit, constatant l'existence d'un accord juridique quelconque.

En second lieu, lui a-t-on objecté, votre raisonnement est inexact. Il faut distinguer le mariage en tant qu'acte juridique, en tant que *negotium juris*, de l'écrit, de l'*instrumentum* qui le constate. En vertu du principe : « *Provisio est due au titre* », foi sera due à l'*instrumentum* pendant qu'il subsistera et jusqu'à ce qu'un autre titre émané d'une autorité supérieure en contredise la teneur. Une action peut donc être nécessaire pour lever cet obstacle apparent qui résulte de l'acte de célébration, mais cette action ne sera jamais une action en annulation de mariage ; elle vise exclusivement l'écrit, et une fois cet écrit écarté, le mariage tombe de lui-même (1).

Ces critiques sont, en partie, fondées. Aussi, tout en invoquant à l'appui de notre solution l'autorité de ces deux auteurs, nous faisons remarquer que ce qui compte à nos yeux, c'est moins l'acte de célébration, l'écrit qui a été dressé par l'officier de l'état civil et qui certifie qu'il

(1) JAPIOT, *op. cit.*, note 1 de la page 454, et les auteurs qu'il cite dans cette note, notamment Houques-Fourcade, *op. cit.*, tome II, n^{os} 1684 et 1685.

y a eu célébration, que le fait de la célébration lui-même. Par là même nous écartons toutes les critiques opposées à MM. Labbé et Beudant.

La théorie de ces auteurs est trop large. Si à l'acte de l'état civil ne correspond aucune réalité, si, par exemple, un des époux n'a pas comparu, il n'existe pas pour lui l'obligation de se considérer comme marié. L'action qu'il peut exercer ne tend qu'à détruire l'acte de célébration, et le jugement à intervenir sera purement déclaratif. Pour que celui qui n'a pas consenti respecte le lien conjugal jusqu'à ce qu'il soit détruit, il faut au moins qu'il ait comparu devant l'officier de l'état civil et ait répondu convenablement aux questions qui lui auront été faites. C'est le minimum de base que doit avoir l'apparence pour entraîner l'existence d'une action en justice portant sur le mariage lui-même (1).

Ainsi nous arrivons à une solution diamétralement opposée à celle de la doctrine classique. Nous sommes fort loin de cette action, soi-disant impossible, des auteurs partisans de l'inexistence, puisque nous concluons à l'obligation, pour celui qui voudra se prévaloir de la nullité, d'exercer une action en justice. Enfin le rôle du juge n'est pas purement passif, comme il devrait l'être d'après la théorie classique ; il est actif, le juge fait acte d'autorité.

(1) JAPIOT, *op. cit.*, 2^e Partie, chapitre III, § 1^{er}, pages 184 et s., page 456, note 2. — *Bulletin de la Société d'études Législatives*. La distinction entre l'inexistence et la nullité du mariage, R. Saligny, page 363 et note 3.

Nous croyons avoir ainsi suffisamment montré ce que, pratiquement, il y a d'inexact à vouloir prétendre qu'au cas de défaut de consentement et bien qu'une célébration soit intervenue, le mariage est inexistant. Les faits, le bon sens, le principe même que « *Nul ne peut se faire justice à soi-même* », bien plus, le rôle joué par la célébration, son caractère d'acte d'autorité publique s'opposent à une telle solution. D'ailleurs, comme l'a écrit M. Saleilles, et nous ne pouvons mieux faire que de citer textuellement cet auteur (1) : « La théorie qui, pour le cas où il y a défaut de consentement, proclame l'inexistence forcée du mariage, sous prétexte de néant juridique, se rattache à tout un système juridique qui faisait dépendre tout effet de droit de la volonté, entendue d'une volonté subjective réelle, ce que les Allemands appelaient la *Willentheorie*, sans se préoccuper du côté social du droit, de sa répercussion à l'égard des tiers. Le droit s'identifiait avec la volonté ; c'était la volonté qu'il fallait atteindre et constater dans ses replis les plus intimes, afin de consacrer son autonomie souveraine sous forme de manifestation juridique, ou de refuser, au contraire, tout effet de droit aux actes extérieurs auxquels elle aurait fait défaut. On a depuis longtemps reconnu ce qu'il y avait d'excessif dans ce système individualiste à outrance. On tend de plus en plus à considérer le droit comme une règle sociale, une règle destinée à faire régner l'ordre et l'harmonie dans les rela-

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, pages 361 et 362.

tions entre les individus, et par conséquent une règle qui dépend surtout des éléments d'objectivité, c'est-à-dire des conditions extérieures, des manifestations juridiques. C'est une question de crédit, lorsqu'il s'agit d'un acte patrimonial. C'est une question plus haute encore, une question de stabilité sociale, lorsqu'il s'agit de l'acte qui est destiné à fonder une famille et un foyer. Lorsque cet acte aura été accompli solennellement et publiquement en face de tous, lorsque deux individus auront déclaré, en présence des représentants de la communauté politique à laquelle ils appartiennent, qu'ils s'unissaient pour la vie et qu'ils devaient être considérés désormais comme des époux, associés pour fonder une famille nouvelle, il est antijuridique, il est anti-social de prétendre que, pour des raisons de subjectivité psychologique, il n'y a rien, il n'y a que le néant. Que l'on ait le droit de faire tomber cet acte sous prétexte qu'un élément essentiel lui aurait manqué, il faut bien l'admettre. Mais aller jusqu'à rendre vaine toute cette célébration solennelle et publique et déclarer que plus rien ne compte, dès que l'une des volontés n'a pas existé dans sa plénitude, c'est là une de ces abstractions qui vont à l'encontre de toutes les exigences sociales. »

Enfin, il n'est pas inutile — un principe de droit n'ayant une valeur que par les conséquences pratiques qu'il comporte — de faire apparaître l'utilité qu'il y a à exiger une action en justice dès que le mariage a été célébré.

Au premier abord, on ne voit pas les avantages de l'action en nullité. En effet, que l'on admette ou non l'inexistence, la personne qui voudra invoquer la nullité et se verra contester la présence de cette nullité n'en sera pas moins obligée de s'adresser à la justice qui aura à dire si son droit existe bien réellement comme elle le prétend. Il y aura donc toujours une action formée, Sa nature sera différente suivant la solution que l'on admettra. Elle n'en permettra pas moins, dans les deux cas, au titulaire d'arriver à savoir à quoi s'en tenir sur l'existence du mariage.

Pour saisir l'utilité de notre solution, il faut se placer dans l'hypothèse où il ne s'agit plus d'invoquer les effets positifs du mariage, mais dans celle où l'on a à se prévaloir de son inexistence en dehors de toute affaire contentieuse et de tout conflit d'intérêt avec un tiers (1).

Ce sera le cas lorsque l'un des époux voudra savoir, à un moment où personne n'en discute la valeur, si son mariage est véritablement valable. Il y a un intérêt. S'il n'est pas sûr que son mariage soit inattaquable, il peut craindre qu'après avoir vécu de longues années avec son conjoint, un tiers ayant une raison quelconque de faire tomber le mariage n'en invoque l'inexistence et triomphe. D'après la doctrine classique, le tiers

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, pages 358 et s.
— JAPIOT, *op. cit.*, pages 446 et s., page 467 et la note 2.

pourra opposer l'inexistence même aux enfants issus du mariage et, l'inexistence une fois reconnue, empêchera l'époux de bonne foi de bénéficier des effets du mariage putatif. On voit tout l'intérêt que l'un des époux peut avoir à arriver à une certitude sur l'existence ou la non-existence du mariage. Or, comment y parviendra-t-il ? Si l'on accepte la théorie de l'inexistence, puisqu'il n'est pas besoin d'action pour faire tomber ce qui n'existe pas, il faut décider que, pour arriver à une certitude établie en justice, l'époux devra attendre qu'une question contentieuse se pose au sujet des prétendus effets du mariage. En dehors de cela, il ne pourra prendre les devants, parce qu'il n'existe pas d'action en nullité. Sans doute, il pourra arriver à faire trancher la question en se refusant aux obligations que le mariage lui impose, forçant ainsi son conjoint à se prévaloir de la prétendue existence du mariage ; mais si cet époux ne fait rien pour cela ?

Egalement, si l'un des époux invoque l'inexistence du mariage pour en contracter un autre en dehors de toute action en nullité et de tout jugement qui ait annulé le premier, l'officier de l'état civil ne prendra pas sur lui de se faire juge de la question d'inexistence et de considérer comme suffisamment établis les faits allégués comme preuve de cette inexistence. S'il se refuse à célébrer le second mariage, comment l'intéressé arrivera-t-il à l'obliger, puisqu'il ne peut agir en nullité ? On peut supposer que celui avec lequel il est présumé marié soit le premier à reconnaître la nullité de cette

union et ne s'oppose en aucune façon au nouveau mariage dont il est question. Dès lors, s'il n'y a pas de conflit entre les époux, il n'y aura pas d'action. Il faudrait pouvoir agir en nullité ; or, l'action en nullité n'existe pas. Le seul moyen serait de se pourvoir contre l'officier de l'état civil pour l'obliger à remplir ses fonctions.

Autre hypothèse : Une femme qui se croit mariée veut traiter avec un tiers, celui-ci va exiger l'autorisation du mari ou de celui qui passe pour tel. Or si celui-ci, alléguant l'inexistence du mariage, déclare qu'il n'a nullement à autoriser l'acte, la femme va s'adresser à la justice. Par hypothèse, le tribunal constate l'inexistence du mariage, par conséquent se refuse à intervenir. Cette décision n'aura jamais, vis-à-vis du tiers, l'autorité qui s'attacherait à un jugement annulant le mariage, et le tiers se refusera à rentrer, dans ces conditions, en rapport d'affaires avec la femme. Encore dans ce cas, il faudrait que la femme pût agir en nullité pour que la situation fût définitivement tranchée, et précisément c'est cette action en nullité qu'on lui refuse.

Voici à quelles conséquences conduit l'application logique de la théorie d'inexistence. On voit les incertitudes qui en résultent. Or, s'il est un principe qui domine tous les autres, c'est qu'en matière de mariage il faut éviter, avant tout, les flottements et les incertitudes.

L'action en nullité y réussit parfaitement. Sans qu'il soit nécessaire d'attendre qu'on lui oppose les effets du mariage, l'époux peut exercer l'action, ce qui lui permet

de savoir à quoi s'en tenir sur la validité de son mariage, et, s'il a obtenu un jugement d'annulation, de contracter une nouvelle union en produisant le jugement à l'officier de l'état civil.

Concluons donc : Dès qu'il y a eu célébration, le mariage, même privé du consentement des époux, ne peut être méconnu sans une action propre portée devant le juge civil, seul qualifié pour donner au nom de l'autorité publique une sorte de *contrarius consensus* qui opère le retrait de la sanction qu'à tort cette autorité publique avait donnée à l'accord seulement apparent des parties (1).

§ 3

Justification du choix de la nullité relative comme sanction à l'absence de consentement dans le mariage. — Les raisons qui permettent d'assimiler, quant à leurs effets, les causes de consentement et celles qui visent seulement ce consentement.

Le Principe de l'inexistence écarté, nous est-il juridiquement possible de faire produire à l'absence du consentement les effets d'une nullité relative ?

Nous ne pouvons admettre comme sanction la nullité

(1) JAPIOT, *op. cit.*, page 474.

absolue. Le principe « *Il n'y a pas de nullité de mariage sans un texte qui la prononce expressément* » nous oblige, puisque nous refusons à l'absence de consentement les effets de l'inexistence, à trouver un texte sur lequel nous puissions appuyer la solution à laquelle notre méthode de recherches nous aura fait aboutir. Or, au **Chapitre IV du Titre V**, chapitre où sont prévus et réglementés tous les cas de nullités de mariage, l'article 184, qui vise les nullités absolues, est restrictif et limitatif, et dans l'énumération qu'il contient, ne se trouve pas l'article 146. Un seul texte parle du consentement des époux, c'est l'article 180, qui édicte une nullité relative, c'est le seul article sur lequel nous puissions nous appuyer. Encore nous sera-t-il nécessaire de prouver que ses termes sont suffisamment larges pour comprendre l'absence de consentement. Tout ceci nous l'avons déjà indiqué, nous ne faisons que le rappeler.

Devons-nous donc admettre une nullité relative comme sanction à l'absence de consentement des époux ? Devant une telle proposition, la doctrine se récrie. Nous connaissons toutes les objections qu'elle fait : assimiler l'absence de consentement aux vices du consentement est, dit-elle, contraire à la logique, aux principes et à la raison. Il y a deux états bien différents, bien distincts, qu'on ne saurait confondre. Dans le premier cas, le consentement fait totalement défaut, l'élément volonté n'existe pas. Dans le second, au contraire, les époux ont consenti, seulement leur consentement ne renferme pas toutes les qua-

lités que la loi exige pour sa validité. L'on comprend très bien que, dans ce cas, il n'y ait lieu qu'à une nullité relative. Le mariage existe provisoirement et le vice dont le consentement est atteint peut disparaître. Les époux, une fois que leur volonté est redevenue libre et éclairée peuvent, en confirmant, rendre leur union définitive, même il est rationnel que par l'effet du temps, le vice disparaisse de lui-même. Mais il ne peut en être ainsi lorsque l'élément volonté fait totalement défaut, il n'y a possibilité d'aucune confirmation, le laps de temps est impuissant à faire naître de rien quelque chose. La nullité absolue se comprendrait encore, mais aucun texte ne l'édicte ; c'est ce qui rend si utile le principe de l'inexistence. Quant à appliquer à l'absence de consentement l'article 180, tout s'y oppose. La rédaction même de cet article, si différente de celle de l'article 146, prouve suffisamment que le législateur a voulu y prévoir des cas de nullité distincts de celui prévu à l'art. 146.

Essayons cependant et cherchons s'il est si contraire aux principes, si irrationnel d'assimiler l'absence de consentement aux vices du consentement. Nous avons, pour nous y aider, les arguments que la jurisprudence a fait valoir à l'appui de ses décisions, ainsi que les raisons invoquées par certains auteurs pour repousser l'application au mariage du principe de l'inexistence.

Si, au premier abord et au point de vue purement doctrinal, la distinction que fait la doctrine entre les causes qui détruisent le consentement et celles qui l'empê-

chent simplement d'être libre et éclairé, apparaît exacte, l'on constate, lorsqu'on pénètre dans le domaine des faits, qu'elle ne correspond à aucune réalité (1).

Il n'y a pas de causes qui fassent disparaître la volonté d'une façon nette, constante, absolue, et d'autres qui, au contraire, tout en empêchant cette volonté de se manifester dans des conditions normales, la laissent subsister dans une mesure peu variable. Il est possible que le consentement d'un des futurs époux fasse totalement défaut, qu'il soit, si l'on veut, inexistant; c'est ce qui se produira si l'époux n'est jamais intervenu à la célébration et par conséquent n'a manifesté aucune volonté; mais ce n'est point ce cas extrême et peu pratique que l'on a l'habitude de considérer lorsqu'on parle d'inexistence du consentement. La doctrine place plus haut la limite de cette inexistance. Il faut donc mettre ce cas de côté. Nous avons vu, au surplus, que, si l'époux ne comparaît pas devant l'officier de l'état civil, on ne peut considérer qu'il y ait eu célébration à son égard.

Or si on abandonne ce cas extrême, très net, et qui

(1) Les idées qui font l'objet des développements qui vont suivre ont été empruntées, en grande partie, soit dans Japiot, 2^e partie, chapitre III, pages 178 et s., et dans le *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, article de M. R. Saleilles. « La distinction entre l'inexistence et la nullité du mariage », pages 351 et s., principalement pp. 366 et s. Voir également DROGOUL, *op. cit.*, section troisième, chapitre II.

est comme le dernier terme d'une série ascendante parfaitement cohérente qui conduit, par des transitions insensibles de l'absence de consentement au consentement pleinement efficace, l'on n'est plus arrêté par aucune borne objective ; il est impossible de découvrir une séparation entre l'absence complète du consentement et le consentement simplement insuffisant (1). La volonté, en effet, n'est pas quelque chose d'abstrait qui puisse s'apprécier exactement, qui se présente, quelles que soient les circonstances de fait, toujours dans les mêmes conditions et qui ne soit pas susceptible de plus ou de moins. Elle est, au contraire, essentiellement variable, concrète et difficile à apprécier.

Les causes qui l'empêchent d'être libre et éclairée n'agissent pas toujours avec la même force, et il est inexact de dire que tel fait rend forcément le consentement inexistant.

La folie, par exemple, se traduit, chez certaines personnes, par une extrême incohérence de manifestations extérieures d'activité, alors qu'au contraire certains déments se montrent plus ou moins capables de se conduire par eux-mêmes, de procéder à certains actes de la vie courante, de répondre d'une manière sensée à certaines questions, d'avoir enfin une perception plus ou moins exacte de la valeur des faits dont ils tirent certai-

(1) JAPIOT, *op. cit.*, page 263.

nes déductions raisonnables (1). La démence varie d'intensité avec chaque individu ; c'est par une dégradation insensible de l'état psychologique que l'on passe de l'aliénation totale aux états intermédiaires, imbécillité, faiblesse d'esprit, monomanie, qui laissent subsister des lueurs de raison (2).

Il en est de même pour l'ivresse : il y a l'ivresse complète qui doit être considérée comme une folie passagère ; il y a la demi-ivresse, qui laisse quelque raison mais empêche l'individu d'apprécier sainement l'acte qu'il fait.

Si donc la démence, l'ivresse sont susceptibles de degrés, comment déterminer la limite qui sépare le défaut absolu de consentement de ces anomalies ou de ces déviations de la volonté qui n'en sont que les vices proprement dits ? A l'aberration totale, faudra-t-il assimiler l'ivresse, l'état de suggestion hypnotique ? Mais qui pourra distinguer l'ivresse de la demi-ivresse ? Verra-t-on dans l'une une absence de consentement, et dans l'autre un consentement qui n'aura pas été libre au sens de l'article 180 ? On a voulu restreindre le défaut de liberté à la violence morale ; c'est un raisonnement bien court et tout en surface, c'est toutes les fois que la raison fait défaut que la liberté disparaît avec elle. Ne serait-on

(1) JAPIOT, *op. cit.*, 2^e partie, chap. III, page 191, et AUBRY et RAU, 4^e édit., tome V, § 451 bis.

(2) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, page 367.

pas beaucoup plus près de la vérité scientifique en ne voyant qu'un état vicié du consentement, un consentement dépourvu de liberté, dans tous les cas où l'on parle d'obsession et de folie.

Et, même à supposer que sous le rapport théorique on puisse admettre qu'il y a des absences de consentement susceptibles d'être distingués des vices du consentement, comment en faire la preuve ? La difficulté à diagnostiquer l'absence de consentement sera des plus délicates, le sentiment ayant souvent une large part dans le mariage.

Pratiquement, lorsqu'il y aura eu comparution des parties devant l'officier de l'état civil et que cet officier se sera prêté à la célébration, il sera bien difficile de soutenir qu'il n'y a pas eu de consentement. Le dément aura manifesté une volonté, et tout ce que l'on pourra prouver, c'est que l'époux n'a pas agi en toute liberté d'esprit, de discernement, que son état mental l'a rendu incapable d'apprécier son acte, d'en apercevoir et d'en comprendre les conséquences.

D'autre part et dans un autre ordre d'idées, l'article 180 édicte une nullité relative pour le cas où le consentement est entaché d'erreur ou de violence. Est-ce parce que, comme le prétend la doctrine classique, ces faits détruisent la volonté d'une façon moins complète que la démence ou l'ivresse par exemple ? L'observation des faits ne le prouve pas.

L'erreur peut être plus ou moins déterminante du

consentement, la violence peut varier d'intensité. Il y a des erreurs qui sont si capitales que, lorsqu'elles se produisent, il est impossible de dire qu'il y a eu consentement, et il y a des violences si brutales qu'elles détruisent jusqu'à la faculté de discerner, jusqu'à la faculté de vouloir.

Pourra-t-on, par exemple, soutenir que l'erreur aura laissé subsister le consentement dans une plus grande proportion que ne le fait la démence, lorsque la personne victime de l'erreur n'aura consenti que parce qu'elle croyait épouser un homme honnête, considéré et portant un nom honorable, alors qu'en réalité l'être auquel elle s'est unie est un criminel qui a abusé de sa bonne foi ? (1).

Une partie de la doctrine classique considère l'erreur sur l'identité physique comme une cause d'inexistence, tandis que l'erreur sur l'identité civile ne lui semble constituer qu'un cas d'annulabilité. Cette différence de traitement se justifie-t-elle ? L'erreur sur l'identité civile est aussi destructive du consentement que l'erreur sur l'identité physique. Qu'est-ce qui prouve que l'époux au préju-

(1) L'on peut même affirmer que l'erreur peut, à un certain point de vue, être considérée comme entraînant en toutes hypothèses le défaut absolu de consentement. En effet, ou bien les volontés coïncident, ou bien, dès qu'elles diffèrent, si peu que ce soit, elles ne coïncident pas. Lorsqu'une partie veut un certain acte et que l'autre accepte en commettant une erreur, si minime soit-elle, sur les conditions de l'opération qui lui est proposée, ce que veut l'une n'est pas ce que veut l'autre ; dès lors il n'y a pas concours de volonté. JAPIOT, *op. cit.*, page 196.

dice duquel s'est fait la substitution de personne n'aurait pas, s'il avait connu la fraude, consenti à épouser la personne substituée, à raison même de l'honorabilité et des qualités de cette dernière? Et, inversement, il est évident que, si la personne trompée sur l'identité civile de son conjoint avait su que celui-ci n'était pas l'honnête homme qu'elle désirait épouser, elle n'aurait pas consenti. Bien plus, ne peut-on pas affirmer que le consentement qui est donné en réponse aux questions faites par l'officier de l'état civil porte plutôt sur une personne désignée par un nom, un état civil, que sur l'être physique présent à la célébration ?

Egalement, en ce qui concerne la violence, il n'est pas faux de soutenir qu'il existe des violences qui détruisent le consentement d'une façon plus complète que toute cause d'inexistence (1). La doctrine classique traite comme un cas d'inexistence la suggestion hypnotique, qui n'est autre chose qu'une violence morale. L'absence de volonté est-elle, dans cette hypothèse, plus complète que lorsque la violence est physique et que par des brutalités une personne a été contrainte de répondre affirmativement aux interrogations de l'officier de l'état civil ? Celui qui aura exercé les violences physiques n'aura-t-il pas, dans ce cas, substitué sa volonté à celle de la personne violentée ?

Ainsi l'observation des faits prouve qu'il est possible

(1) JAPIOT, *op. cit.*, pages 202 et s.

à l'erreur et à la violence de détruire le consentement d'une façon aussi complète que peuvent le faire la démence et l'ivresse. Par conséquent, logiquement, à l'identité d'effet devrait correspondre l'identité de sanction et, si la folie et l'ivresse entraînent l'inexistence du mariage, il devrait en être de même pour les hypothèses d'erreur et de violence. Or, le législateur en a décidé autrement ; il a, pour ces derniers cas, édicté une nullité relative. Il doit y avoir une bonne raison à cela. Nous le croyons et nous pensons qu'on doit voir la justification d'une telle décision dans les faits suivants :

En premier lieu, le législateur a compris qu'en fait l'erreur et la violence ne détruisent jamais d'une façon complète le consentement.

En second lieu, raison autrement décisive, en édictant une nullité, le but qu'il a visé a été la protection de celui qui n'aura pas agi librement. Son intention était de permettre à cette personne de faire annuler le mariage si elle le jugeait utile à ses intérêts, et c'est pourquoi il a choisi la nullité relative. Cette nullité était, en effet, la seule qui lui permît d'atteindre exactement le but cherché. N'agissant pas de plein droit, elle laissait à celui qui avait le droit de l'invoquer la liberté de faire à sa guise. Enfin, le législateur avait une autre raison d'opter pour la nullité relative, cette nullité lui permettait de ne pas sacrifier, comme avec l'inexistence, des intérêts dignes de considération.

Or les motifs qui ont fait édicter par la loi une nullité

relative, lorsque la volonté est viciée par l'erreur ou la violence, existent au même titre lorsque la cause qui a empêché le consentement d'être libre et éclairé est la démence, l'ivresse ou l'état de suggestion hypnotique, et les arguments que la doctrine classique invoque à l'appui de sa solution n'ont, au surplus, aucune valeur en face des raisons impérieuses qu'il y a à admettre la nullité relative qui, elle, permet d'aboutir à ce résultat auquel doit tendre, naturellement, toute règle de droit : la conciliation de tous les intérêts en présence.

Il est facile de justifier ce que nous venons d'avancer.

Quelles sont, en effet, les raisons qu'a la doctrine classique pour appliquer au cas d'absence de consentement le principe de l'inexistence et trancher ainsi d'un mot les situations et les espèces les plus délicates ? Y a-t-il un intérêt à cela ? Il y a, c'est entendu, un intérêt de logique, mais cet intérêt, à lui seul, ne suffit pas, surtout lorsqu'on s'aperçoit qu'il est plus que contrebalancé par les conséquences injustes, immorales même, auxquelles aboutit l'application scrupuleuse des règles de l'inexistence.

Les partisans de ce principe de l'inexistence, eux-mêmes, se sont aperçus de ce qu'il y avait de funeste et de contraire à l'équité que d'accepter pour tous les cas où le mariage est privé du consentement d'un époux, une sanction qui, dans sa brutalité, risque d'être fautive. C'est ainsi que nous avons vu Aubry et Rau et M. Houques-Fourcade considérer l'erreur sur l'identité physique

comme une cause de nullité relative, pour cette raison, notamment, qu'il ne serait pas bon qu'après une cohabitation prolongée, on pût faire rompre une union sans prétexte sérieux et ce par tout le monde (1). Ceci est très juste, mais ce même raisonnement est applicable quelle que soit la cause de l'absence de consentement. Il n'est pas bon que toute personne puisse, à toute époque, invoquer la nullité du mariage. Le conjoint de l'époux dément qui, au moment du mariage, ignorait l'état de démence de celui qu'il épousait, peut, une fois qu'il s'en est rendu compte, continuer à respecter l'union dans laquelle il s'est engagé ; il peut accomplir ainsi son devoir comme s'il y était légalement tenu. Est-il admissible que, dans ce cas et sous prétexte d'inexistence du mariage, l'on permette à des collatéraux, à des étrangers même d'obliger, pour de simples intérêts pécuniaires, l'époux conscient à abandonner, malgré lui, son conjoint ? Bien plus, l'époux dément a pu guérir ; si la cause qui a entraîné l'absence de consentement est l'ivresse, cette ivresse s'est dissipée ; aucun des deux époux n'a protesté, ils ont au contraire accepté de vivre ensemble, malgré la nullité qui frappe leur union, peut-être même qu'ils ont des enfants, et des tiers auront le droit, longtemps après la célébration du mariage, de les forcer à se séparer,

(1) AUBRY et RAU, 4^e *édit.*, tome V, § 451 bis, page 12, note 5
— HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, tome 2, n° 1724, p. 312.

d'attaquer la légitimité des enfants, de briser une union devenue peut-être absolument normale et heureuse ?

Les hypothèses où ce fait scandaleux se produira sont sans nombre. Par exemple, ce sera un créancier de la femme envers qui elle se sera engagée sans autorisation de son mari qui, pour éviter la nullité de son contrat, fera prononcer à n'importe quel moment la nullité de cet autre contrat autrement important que le sien et ratifié sans doute par des années de possession d'état heureuse et paisible.

Aubry et Rau ont bien aperçu ce qu'il y avait de funeste dans ce résultat, et c'est pourquoi ils recommandent aux juges de ne déclarer le mariage comme non avenu qu'avec la plus grande réserve, surtout « *lorsque la demande est formée soit par l'époux sain d'esprit, qui ne prouverait pas qu'il a ignoré l'état mental de son futur conjoint, soit par des collatéraux qui n'auraient pas provoqué l'interdiction de l'époux qu'ils prétendraient s'être marié en état de démence, et surtout lorsqu'elle (l'action) est intentée par l'époux qui, après avoir complètement recouvré l'usage de ses facultés intellectuelles, aurait continué à cohabiter avec la personne à laquelle il soutiendrait s'être uni à une époque où il n'était pas sain d'esprit* » (1).

Et c'est aussi le souci d'éviter des actions scandaleuses et d'empêcher des tiers de venir troubler le bonheur

(1) AUBRY et RAU, 4^e *édit.*, tome 5, § 451 *bis*, page 14.

des époux et l'avenir des enfants qui a poussé les tribunaux à ne pas admettre la solution de la doctrine.

L'arrêt de la Cour de Bordeaux du 25 juin 1884, précisant les raisons pour lesquelles il repousse l'action des collatéraux, déclare : « *On ne devrait pas livrer à d'autres qu'aux époux la discussion d'un consentement qui a pour mobile les sentiments les plus mystérieux et les plus sacrés de la conscience et du cœur, le mariage ayant pour les époux des suites ineffaçables et la naissance des enfants y ajoutant des effets irrévocables, l'annulation a toujours été considérée comme une funeste atteinte à la famille et à la société* » (1).

Ainsi, c'est à un résultat déplorable et contraire aux intérêts de la famille et de la société que l'on aboutit, si l'on applique le principe de l'inexistence. Encore si la doctrine classique pouvait invoquer soit un texte, soit une raison de principe pour justifier une solution qui a de telles conséquences ! Mais aucun texte n'édicte l'inexistence au cas d'absence de consentement des époux, et nous croyons avoir suffisamment démontré que les règles de l'inexistence ne sont imposées par aucune nécessité objective. La doctrine, il est vrai, prétend que la nullité relative présume la possibilité d'une ratification, et que, par conséquent, on ne peut appliquer une telle nullité en cas d'absence de consentement, puisqu'alors l'on ne peut parler de ratification ni expresse

(1) D. 1888-1-161.

ni tacite. Nous avons suffisamment prouvé combien il est inexact de parler de néant, lorsque la volonté des époux a fait défaut. L'on comprend très bien, au contraire, qu'il y ait, dans ce cas, possibilité de ratification expresse ou tacite. En effet, la nullité qui frappe le mariage doit cesser quand le but de la loi est atteint, et cela peut se produire quand la condition absente est suppléée, ou quand les intérêts qui l'ont fait exiger cessent d'avoir besoin de cette protection (1). Par exemple, si l'un des époux était dément au moment de la célébration, il n'est pas impossible, puisque la doctrine et la jurisprudence reconnaissent au dément la possibilité de se marier dans un intervalle lucide, qu'il ait la faculté de ratifier dans les mêmes conditions le mariage auquel il n'a pas consenti. Cette ratification pourra même être tacite et s'induire de ce que celui qui n'a pas consenti a, une fois revenu à la raison, continué à vivre avec son conjoint. Cette persistance à rester lié ne remplacera-t-elle pas le consentement absent à l'origine ?

Egalement, au cas d'erreur sur l'identité physique de l'un des époux, si celui au préjudice duquel aura eu lieu cette substitution de personne veut, une fois la supercherie découverte, rester marié à l'époux avec lequel il a été si étrangement uni, devra-t-on l'en empêcher ?

Enfin, supposons deux personnes n'ayant consenti qu'en apparence, s'étant réservé, dans leur for intérieur,

(1) DROGOUL, *op. cit.*, section III, pages 239 et s.

lorsqu'elles ont comparu devant l'officier de l'état civil, de ne pas vouloir sérieusement ; quelle raison y a-t-il à empêcher ces personnes, une fois qu'elles auront fait l'épreuve de la vie commune, à rester dans cet état et à consentir cette fois réellement ? (1). Il est donc sensé de considérer, d'une façon générale, que, si deux personnes sont restées longtemps ensemble, ont vécu côte à côte, le fait de la cohabitation, qui joue un si grand rôle dans le mariage, remplace, continué pendant un certain temps, le consentement absent à l'origine. Il est de toute nécessité, de toute moralité qu'il en soit ainsi.

Pour arriver à une solution juste de la question, l'on doit se dire que ne raisonnant pas ici sur un cas où l'ordre public est directement et principalement intéressé, il faut, avant tout, viser à protéger la liberté des parties, qui doit être entière et éclairée. C'est dans ce but que doit être instituée la nullité (2). Or, précisément, l'inexistence ne protège nullement l'époux qui

(1) LOYER, *op. cit.*, page 83. « Pourquoi l'époux dont le consentement a fait défaut ne pourrait-il racheter ce vice initial par un acte de volonté postérieur ? Pourquoi le forcer à une nouvelle comparution devant l'officier de l'état civil après une cohabitation prolongée ? »

Voir également l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 25 juin 1884, D. 88-1-161.

(2) LOYER, *op. cit.*, page 84. — JAPIOT, *op. cit.*, 3^e Partie, titre II, section 1^{re}, pp. 533 et s. On lit page 534 : « *Le seul élément fondamental de solution ne peut donc être que la considération même du motif en vertu duquel la loi consacre la règle sanctionnée par la nullité.* »

n'a pas consenti, elle va à côté ou au-delà du but visé. C'est, n'est-il pas vrai, un singulier moyen de protéger un individu que de frapper d'inexistence l'acte qu'il a fait et ainsi de lui imposer la nullité malgré lui et contre son intérêt. Ne vaut-il pas mieux lui laisser, à lui-même, le soin de poursuivre cette nullité s'il la juge utile ! Le résultat cherché, la nullité relative, au contraire, permet de l'atteindre exactement ; elle agit d'une façon éclairée et sauvegarde les divers intérêts en présence. En effet, avec cette nullité, l'époux protégé l'est entièrement, il lui suffit de l'invoquer en justice pour que le mariage tombe. S'il a repris sa liberté d'esprit, c'est lui-même qui va exercer l'action ; au cas où il serait interdit, c'est son tuteur qui prendra le soin de la former à sa place (1). En outre la nullité que nous défendons laissera

Pour déterminer les personnes auxquelles appartient le droit de critique, il faut rechercher pourquoi ce droit existe, il reste ensuite à adapter aux exigences du milieu pratique les conclusions auxquelles cette considération conduirait en logique pure », et plus loin, page 536 : « Lorsque la loi a eu en vue d'assurer la protection de certaines personnes et que, pour ce motif, elle exige l'observation d'une certaine règle à peine d'inefficacité, le droit de critique n'est créé que pour assurer la protection de ces mêmes personnes ; tel est son but : Il sera donc ouvert à tous les individus auxquels il sera nécessaire de le donner pour garantir les intérêts des personnes protégées, et il ne s'étendra en dehors de ces limites que si le milieu où il doit s'exercer l'exige. »

(1) Nous l'avons indiqué (*supra*, pages 114 et s.). La Cour de Cassation (26 février 1890, S. 90-1-216, et avant elle M. Labbé (note au S. 89-2-177) l'ont démontré, malgré le silence de l'art. 180, il n'y a rien de contraire aux principes à admettre le tuteur au

subsister certains effets secondaires, qu'il est juste de ne pas faire disparaître. Les enfants issus du mariage nul auront la faculté de prouver leur filiation à l'aide des moyens dont ils auraient pu faire usage pour établir leur légitimité, si le mariage n'avait pas été nul. La femme devra observer, pour se remarier, les délais de viduité qui lui sont imposés par l'article 228 C. c. Et l'époux de bonne foi pourra invoquer les effets de la putativité prévus aux articles 201 et 202, C. c.

Il y a enfin une dernière raison qui doit nous guider. L'intérêt de la famille et de la société exigent que le sort du mariage ne soit pas trop longtemps en suspens. Or avec la nullité relative susceptible de se prescrire par un

rang des personnes pouvant exercer l'action en nullité du mariage. Si l'article 180 ne parle pas du tuteur, c'est que le législateur n'y a prévu que le cas où l'époux qui n'aurait pas consenti pourrait exercer lui-même l'action ; il n'a pas pensé à l'hypothèse inverse. Pour solutionner la question, l'on doit donc se référer aux règles qui tracent les pouvoirs des tuteurs des incapables. Il est généralement admis que le tuteur de l'interdit peut exercer non seulement des actions relatives aux intérêts pécuniaires de l'incapable, mais aussi la plupart des actions qui ont trait à des intérêts moraux (notamment l'action en désaveu, l'action en séparation de corps ; pour le divorce, il y a dissentiment entre la jurisprudence qui refuse l'action et la doctrine qui voudrait la voir accorder). Il n'y a, par conséquent, aucune raison pour lui refuser l'exercice de l'action en nullité de mariage. Au surplus, lorsque le tuteur forme l'action, il le fait au nom et pour le compte du mineur. En définitive, l'action qui intervient est celle du mineur, et l'on peut même considérer que c'est le mineur lui-même qui est censé l'exercer au moyen de son représentant.

laps de temps assez court (6 mois de cohabitation continue, art. 181), l'époux se trouve obligé de prendre parti promptement.

D'ailleurs la solution que nous défendons n'est-elle pas conforme à l'esprit de notre Code civil ? C'est, en effet, une nullité relative que le législateur édicte, lorsqu'il prend soin de protéger les personnes qui sont incapables de manifester une volonté, et l'on ne peut soutenir vraisemblablement qu'il y a un intérêt de principe à appliquer l'inexistence au cas de défaut de volonté lorsqu'on voit l'article 502 C. c. frapper de nullité relative tous les actes juridiques passés par l'interdit, et l'article 39 de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, décider que l'article 1304, C. c., s'applique aux actes de l'aliéné non interdit. Il est bien évident pourtant que l'acte accompli dans un moment de folie par un interdit ou un aliéné est privé de consentement (1).

Il est entendu que l'article 502 ne s'applique pas au mariage, même certains auteurs estiment qu'il ne vise que les actes juridiques que l'interdit peut faire, par l'intermédiaire de son tuteur ; mais ceci ne nous empêche pas de constater qu'il n'est pas contraire à l'esprit de la loi de faire produire une nullité relative au défaut de volonté (2).

(1) JAPIOT, *op. cit.*, page 684, notes 1 et 2.

(2) LOYER, *op. cit.*, page 81, écrit à ce propos : « Pourquoi vouloir creuser un abîme infranchissable entre l'incapacité légale et l'incapacité naturelle, puisque, rationnellement,

En somme, la seule raison que la doctrine peut avoir à appliquer l'idée d'inexistence au cas de consentement absent est une raison de logique. Or, il ne faut pas croire que la loi s'amuse à priver un acte de tous ses effets pour le seul plaisir de faire de la logique abstraite. Si elle se résout à une décision aussi grave, c'est qu'elle a des motifs très puissants de le faire. Ces motifs, nous les avons recherchés et nous avons constaté qu'il n'y a pas lieu de creuser un abîme entre les différentes causes qui frappent la volonté des parties et l'empêchent d'être libre et éclairée. Nous avons démontré qu'il était contraire en réalité de traiter d'une manière différente les vices du consentement (erreur, violence) et les causes dites destructives du consentement (folie, ivresse, erreur sur l'identité physique). Dans les deux cas, le fondement de la nullité réside dans l'absence d'une force juridique de la volonté, dans les deux cas le motif qui a déterminé la loi est de protéger l'individu qui n'a pas eu une conscience suffisante de l'acte accompli (1).

Enfin, à la doctrine qui s'est laissée toujours dominer par le point de vue philosophique et théorique de la

l'inexistence est aussi possible et aussi probable dans un cas comme dans l'autre ? Pourquoi cette différence de traitement : d'une part, la plus douce, la plus tempérée et aussi la plus éclairée, si l'on peut dire, des nullités, et de l'autre l'inexistence aveugle, impitoyable, définitive. »

(1) Voir DROGOUL, *op. cit.*, Section III^e, chap. II., principalement pages 229 et 232.

question, et qui pourrait nous reprocher d'abandonner ce point de vue pour ne nous occuper que du côté pratique, nous croyons pouvoir répondre que, même sur le terrain purement théorique, il nous est possible de repousser sa solution et de défendre la nôtre.

Il est en effet inexact, à notre avis, de parler d'absence de consentement lorsque l'un des deux époux a comparu devant l'officier de l'état civil et a répondu affirmativement aux questions qui lui ont été posées. Dans ce cas le consentement a été donné et, s'il ne correspond pas à une adhésion mentale, c'est parce que celui qui l'a manifesté a été incapable d'exprimer un sentiment, une pensée véritablement nette, libre, consciente. Il y a donc, plutôt qu'absence de consentement, *incapacité de consentir*. Et si l'on envisage les choses sous cet aspect, l'on comprend alors très bien qu'il n'y ait lieu qu'à une nullité relative, la nullité résultant de l'incapacité n'étant invocable dans notre droit que par l'incapable lui-même.

En d'autres termes et comme l'a écrit M. Saleilles :
« *En droit, il n'y a jamais défaut absolu de consentement. Le défaut absolu de consentement n'étant pas susceptible de constatation et restant en quelque sorte comme dans les mystères impénétrables de la conscience individuelle, il ne tombe pas sous l'application du droit. Ce qui est du domaine du droit, ce sont les manifestations extérieures du consentement et la manifestation en a été donnée, du moment qu'il y a eu célébration et que l'officier de l'état civil s'est*

prêté à la célébration. Ceci établi, il n'y a jamais défaut absolu sous le rapport juridique, il n'y a plus qu'un consentement plus ou moins normal et dont les anomalies pathologiques ou même simplement psychologiques peuvent donner lieu à une incapacité juridique. Or, toute incapacité ne produit qu'une nullité relative » (1).

* * *

M. Loyer a présenté, d'une façon un peu différente, la thèse que nous venons de défendre et d'après laquelle il y aurait possibilité et même nécessité d'appliquer une sanction unique pour toutes les causes qui empêchent le consentement de se manifester dans des conditions normales. Cet auteur, après avoir indiqué quelles

(1) SALEILLES, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, pages 368 et 369.

Cette façon d'envisager la question des effets de l'absence de consentement est déjà contenue dans Aubry et Rau. Ces auteurs qui, nous l'avons vu, adoptent l'inexistence comme sanction à l'absence de consentement dans le mariage, refusent d'accepter cette nullité lorsqu'il s'agit d'un contrat et que la cause d'absence de consentement est soit la démence, soit l'ivresse. Voici comment, après avoir accepté l'inexistence pour deux cas de défaut de volonté, ils l'écartent pour l'hypothèse de folie : « Il devrait, déclarent-ils, en pure théorie, en être de même de la convention faite avec un individu qui se trouvait en démence ou dans un état complet d'ivresse. Mais notre Droit actuel, d'accord avec la doctrine de nos anciens auteurs, ne voit, en général, dans l'oblitération permanente ou passagère des facultés intellectuelles, qu'un défaut de capacité ou un simple vice du consentement, qui n'empêche pas la formation même du contrat, et qui, faisant

sont les considérations pratiques qui doivent faire assimiler, en ce qui concerne leurs effets, l'absence de consentement et les vices de consentement, s'offre à prouver que cette annulation se justifie très bien rationnellement.

L'article 180, dit-il, s'applique, de l'aveu de tous, aux hypothèses de consentement vicié par l'erreur ou la violence ; or, dans ces cas, il y a absence aussi complète de volonté que dans les cas rangés par nos auteurs parmi les applications de l'article 146 (1).

Et cette proposition, voici comment il la justifie.

Lorsqu'une personne, explique-t-il, agit sous l'empire de l'erreur ou de la violence, il est inexact de dire que son consentement, quoique vicié, existe cependant. Les

seulement obstacle à sa validité, ne donne lieu qu'à une action en nullité, exclusivement ouverte au profit de l'incapable et soumise à la prescription établie par l'art. 1304. C'est ce qui ressort nettement, pour le cas de démence, des art. 503 et 504 du Code civil, et surtout de l'art. 39 de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés. Le même principe doit, **a fortiori**, être admis pour le cas d'ivresse (Aubry et Rau, 5^e édit., tome 4, pages 477 et 478, et les notes 4 et 5). Notre raisonnement n'est pas différent. Nous nous demandons seulement pourquoi Aubry et Rau se sont arrêtés en si bonne voie et n'ont pas raisonné de même lorsqu'il s'agissait du mariage. La concession qu'ils font ici aux adversaires de la théorie de l'inexistence est importante et l'on se demande si l'on peut désormais les considérer comme des partisans de cette inexistence qui, de l'avis de toute sa doctrine, n'admet pas d'exception et s'impose pour tous les actes, toujours avec la même force.

(1) LOYER, *op. cit.*, pages 84 à 88.

adages « *Coacta voluntas nihilominus est voluntas* », « *Qui mavult vult* », n'ont été formulés qu'après coup et pour expliquer une solution pratique, excellente en soi, mais nullement rationnelle. Celui qui veut mal ne veut pas, celui qui est soumis à la violence ne veut pas.

« La volonté, écrit-il, telle que le droit l'envisage, c'est-à-dire la volonté créant, modifiant, abolissant des rapports de droit, n'est pas une force considérée *in se*, *in abstracto*, elle n'est prise en considération et n'existe, juridiquement parlant, qu'en tant, précisément, qu'elle s'applique à quelque chose de bien défini, ce qui suppose qu'elle doit être consciente et éclairée. S'il y a eu erreur, elle veut à côté, autant dire qu'elle ne veut pas. D'autre part, le droit ne connaît qu'une seule espèce de volonté, la volonté libre et autonome. Quand la violence a détruit la liberté, il ne reste plus de la volonté que l'apparence, car, en réalité, la volonté de celui qui exerce la violence se substitue à la volonté de celui qui la supporte. »

De cette constatation il tire cette conséquence : une volonté qui n'est pas libre ou une volonté qui n'est pas consciente et éclairée, n'ayant en droit pas plus de valeur que la volonté apparente du dément, l'inexistence devrait indistinctement embrasser tous les cas, parce que, logiquement, dans tous il n'y a rien (1).

(1) Cette thèse, émise par M. Loyer, suivant laquelle n'importe quel vice engendrerait dans tous les cas le défaut absolu de con-

Ce raisonnement achevé, M. Loyer se reporte au Code et il se demande comment l'on peut comprendre que, les vices de la volonté entraînant logiquement l'inexistence du mariage, le législateur ait néanmoins édicté comme sanction une nullité relative qui permet à un tel acte d'être maintenu par confirmation expresse ou tacite. La raison de cette décision du législateur, l'auteur la trouve dans ce fait que le but visé par la nullité qui frappe le mariage auquel l'un des époux n'a pas donné un consentement libre et éclairé est la protection de la victime de la violence ou de l'erreur, et que précisément cette protection cherchée, la nullité relative l'assure en donnant à la victime de l'erreur ou de la violence le moyen de faire rompre, si elle le juge utile à ses intérêts, le lien apparent dans lequel elle se trouve engagée.

Ainsi, conclut-il, la logique assimile le défaut absolu de consentement au consentement vicié ; mais des considérations de pratique ont, malgré tout, fait sanctionner les vices du consentement d'une nullité relative, et ces considérations pratiques, si puissantes, existent aussi bien pour les cas d'application de l'article 146, il n'y a donc pas de raison de traiter différemment les hypothèses voisines.

sentement, est l'application à tous les vices du consentement du raisonnement déjà exposé à propos de l'erreur? Voir *supra*, page 192, note 1. L'idée en est, au surplus, contenue dans l'arrêt de la Cour de Cassat., 9 novembre 1887, D. 88-1-162.

En somme, en suivant un raisonnement un peu différent du nôtre, M. Loyer arrive exactement à la solution à laquelle nous aboutissons nous-même : il n'y a, pratiquement, rationnellement, aucun motif de soumettre à un régime différent la nullité résultant des vices du consentement et celle qu'entraîne le défaut de volonté. Les effets de ces nullités sont identiques. Pour les vices du consentement, le législateur a édicté la nullité relative, parce qu'il a compris que seule cette nullité lui permettrait d'atteindre le but qu'il visait, protéger la personne dont le consentement n'était pas libre. Or il y a identiquement les mêmes raisons à appliquer la nullité relative aux cas qui sont considérés comme entraînant l'absence de consentement, et aucun texte, aucun principe n'empêche d'accepter une telle nullité.



§ 4

L'article 180. — L'interprétation qui doit en être faite. — a) Possibilité d'y faire rentrer les cas d'absence de consentement aussi bien que les vices de consentement. — b) Les intérêts dits sacrifiés par la nullité relative. — Protections qui subsistent pour les ascendants et les collatéraux. — c) Réforme utile à apporter dans les textes du « Code civil ».

A. Arrivé à ce point de notre raisonnement, il ne nous reste plus, pour justifier le bien fondé de notre thèse, qu'à démontrer que la disposition de l'article 180 est suffisamment large pour comprendre dans sa teneur non seulement les cas de vices de consentement, mais toutes les hypothèses où la volonté des époux n'a pas été libre et éclairée. Nous pourrions, pour y parvenir, invoquer, en premier lieu, les travaux préparatoires qui ont précédé le vote définitif de l'article 180. Ainsi que l'indiquait les attendus de la Cour de Bordeaux du 25 juin 1884 (1), le Tribunat, lorsque l'article 180 lui fut soumis, substitua les mots « *Dont le consentement n'a pas été libre* », à ceux « *Dont le consentement aurait été*

(1) D. 1888-1-162.

forcé », en expliquant ainsi cette modification : « *Ce léger changement rendra mieux tout entière la pensée de la loi, vu que la disposition s'appliquera dès lors plus clairement au défaut de liberté morale comme au défaut de liberté physique.* » Egalement, le Tribun Boutteville, dans le discours qu'il prononça à la fin de la discussion et qui en fut pour ainsi dire le dernier mot, après avoir énuméré tous les cas auxquels se réfère l'article 180 (le défaut de liberté, la violence, l'erreur, l'infirmité du sourd-muet), avait conclu : « *Point de consentement, conséquemment de consentement parfaitement libre, point de mariage. Ce fanal dirigera bien plus nettement les juges que les idées métaphysiques et complexes qui pourraient ne faire que les embarrasser ou les égarer.* »

Portalis n'avait-il pas lui-même déjà dit dans l'exposé des motifs : « *Le langage de la loi ne pouvait être celui de l'école; en conséquence, nous avons appliqué à chaque nullité de mariage les règles qui lui sont propres. Une des premières causes qui peuvent faire annuler le mariage est le défaut de liberté* ». Et si l'on se rappelle que la seconde partie de l'article IV du projet : « *Il n'y a point de consentement lorsqu'il y a violence, séduction ou erreur sur la personne* », qui expliquait la première partie, « *Il n'y a pas de mariage s'il n'y a pas de consentement* », est passée dans l'article 180, l'on est en droit de prétendre que le législateur a voulu édicter dans ce dernier article la sanction du principe contenu dans l'article 146.

Mais nous ne voulons pas nous attarder trop long-

temps aux travaux préparatoires de l'article 180. Quoiqu'ici la pensée et l'intention du législateur soient plus faciles à apercevoir que lorsqu'il s'agissait de la rédaction de l'article 146, nous craindrions de tomber dans l'excès que nous reprochions à la doctrine classique, lorsque nous l'avons vue s'efforçant de démontrer le principe de l'inexistence adopté expressément dans l'article 146 par les rédacteurs de cet article. Nous nous contenterons de prétendre que, d'après les paroles prononcées par différents rédacteurs au cours du vote de l'article 180, l'intention du législateur semble bien avoir été de ne pas restreindre la portée de cet article aux seules hypothèses de violence et d'erreur. Et c'est en nous appuyant sur les termes suffisamment larges de l'article 180 et en démontrant la corrélation qui existe entre le chapitre I^{er} et le chapitre IV au **Titre du Mariage**, que nous espérons prouver de la façon la plus convaincante que cet article 180 contient la sanction des principes édictés dans l'article 146 :

L'article 180 comprend deux paragraphes bien distincts, l'un qui a trait au défaut de liberté, l'autre à l'erreur. En ce qui concerne le premier paragraphe, il y est parlé de *défaut de liberté* du consentement. Ces termes sont très larges ; ils ne visent pas seulement le cas où le consentement est vicié par la violence, mais bien toutes les hypothèses où la volonté n'est pas libre et éclairée. Or, nous avons précédemment démontré que la folie, l'ivresse, la suggestion hypnotique, toutes causes

dites d'absence de consentement ont en réalité pour conséquence d'empêcher le consentement de correspondre à une adhésion mentale, à une volonté vraiment consciente. Nous avons prouvé que le défaut absolu de consentement, n'étant pas susceptible de constatations, ne tombe pas sous l'application du droit, qu'il ne peut être question que d'un consentement manifesté dans des conditions anormales et, qu'en fait, lorsqu'un tel consentement a été donné, l'on dit qu'il y a *défaut de liberté* du consentement ou incapacité à consentir.

Puisque tout se résume à une question de liberté de volonté, et que les termes de l'article 180 (§ 1^{er}) sont suffisamment larges pour comprendre toutes les hypothèses où cette volonté ne s'est pas manifestée dans des conditions normales, rien n'empêche de faire entrer dans cet article, à côté de l'hypothèse de violence, les hypothèses de démence, d'ivresse, de suggestion.

Si l'on ajoute à cela que le second paragraphe de l'article 180, qui parle de l'erreur dans la personne, ne précise pas et comprend aussi bien le cas d'erreur sur l'identité physique que celui d'erreur sur l'identité civile, les mots « *erreur dans la personne* », pouvant s'appliquer aux deux hypothèses, l'on arrive à faire entrer dans les termes de l'article 180 toutes les causes dites d'absence de consentement. Il en est d'ailleurs de même pour l'article 181, dont les termes sont aussi larges que ceux de l'article 180.

Et, si l'on raisonne ainsi, l'on comprend alors très bien

les paroles de Boutteville, orateur au Tribunat : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ; l'article 180 n'est que la conséquence et le développement de cette disposition : il n'y a pas de consentement s'il n'a été parfaitement libre, s'il a été l'effet de la violence ou de l'erreur, là est la vérité* » (1).

Enfin, il faut remarquer, fait qui a son importance, que, comme certaines décisions de jurisprudence (2) se sont attachées à le faire valoir, il existe une corrélation intime entre le chapitre 1^{er} et le chapitre IV du Titre du Mariage. Dans le chapitre 1^{er}, le législateur a spécifié les conditions substantielles de l'union conjugale : l'âge, le consentement des époux, la dissolution de tout mariage antérieur, le consentement des ascendants et du conseil de famille, l'autorisation du gouvernement pour les époux entre lesquels existent certains liens de parenté ou d'alliance. Puis, pour assurer l'exécution des prescriptions édictées dans ce chapitre 1^{er}, il a formellement désigné, dans le chapitre IV relatif aux demandes en nullité, les personnes qui pourraient attaquer les mariages contractés en contravention aux dites prescriptions. La division du chapitre IV correspond donc à celle du chapitre 1^{er} ; s'il en est ainsi, l'on constate que l'article 180 se

(1) LOCRE, *Législation civile de la France*, t. II, page 412, n° 16.

(2) Arrêt de Bordeaux 25 juin 1884, et de la C. de Cassat. 9 nov. 1887. D. 88-1-161.

réfère exactement à l'article 146. En d'autres termes, le principe posé par l'article 146 de la nécessité du consentement des époux dans le mariage trouve sa sanction dans l'article 180.

*
* *
*

B. Nous croyons avoir ainsi suffisamment prouvé que l'article 180 se prête facilement à une interprétation favorable à la solution que nous défendons. C'était la dernière étape que nous avions à parcourir, il ne nous reste qu'à conclure en résumant les raisons qui nous ont entraîné à repousser la solution de la doctrine et à accepter celle de la jurisprudence.

Mais avant, il nous faut répondre à un dernier argument de la doctrine classique. Nous devons traiter la question des intérêts soi-disant sacrifiés par la nullité relative. En effet, dans le développement de notre thèse, nous ne nous sommes pas occupé de cette question, nous l'avons isolée pour n'y répondre qu'en dernière analyse.

La nullité relative, dit la doctrine classique, enlève au conjoint de l'époux dont le consentement fait défaut, ainsi qu'aux ascendants et collatéraux de ce dernier, un droit que, dans l'intérêt de la famille, il serait nécessaire de leur accorder. Le mariage d'une personne a pour toute sa famille des conséquences importantes et il y a une raison de morale à accorder la nullité aux parents d'un dément qui a contracté une union scandaleuse, afin qu'ils puissent faire cesser une telle union avant qu'elle ait produit des effets ineffaçables.

Sans cela, l'individu en état de folie ne pouvant raisonnablement exercer l'action, ce seraient les unions les plus anormales qui seraient les plus durables.

Pour faire justice de ces griefs, il nous suffira de répondre, en ce qui concerne d'abord les ascendants et les collatéraux, ce que, pour les collatéraux, a déjà répondu la jurisprudence : L'article 180 n'est pas un texte isolé, il fait partie intégrante de tout un système édifié dans les chapitres 3 et 4. L'article 173, qui est contenu dans ces chapitres, a accordé aux ascendants le droit de faire opposition au mariage, sans limitation aucune ; et l'article 174 a conféré, mais dans certains cas et sous certaines conditions seulement, ce même droit aux collatéraux ; ces derniers, en effet, peuvent faire opposition au mariage lorsque le futur époux est dément, mais à charge par eux de provoquer l'interdiction de leur parent (1).

Ce droit d'opposition, convenablement exercé soit par les ascendants, soit par les collatéraux, suffit à sauvegarder les droits de la famille et à assurer au dément une protection efficace, sans crainte d'intervention irréfléchie ou de tyrannie intéressée (2).

Et telle a bien été la pensée du législateur, lorsqu'il a édicté les articles 173 et 174. Ne voulant pas accorder

(1) Arrêt de Bordeaux 25 juin 1884, D. 1888-1-162. Voir également les conclusions de M. l'Avocat général Desjardins, S. 87-1-461.

(2) LOYER, *op. cit.*, page 89.

aux ascendants et aux collatéraux ce droit trop étendu : *la nullité*, ne voulant pas non plus les écarter entièrement, il leur a donné la facilité de s'opposer au mariage avant la célébration. Il a su ainsi concilier dans une juste mesure l'intérêt de la famille avec le principe de la stabilité du mariage. Il a voulu que l'impossibilité pour les futurs époux déments de donner un consentement fût judiciairement établie avant la célébration, et que la démence, une fois constatée, fasse obstacle au mariage. A ses yeux, l'intérêt du dément, celui de sa famille, celui de la société même, l'exigeaient ; mais il lui a semblé qu'une fois le mariage célébré sans que personne n'ait fait opposition, cet intérêt social n'existait plus ou était censé ne plus exister.

En effet, le mariage une fois célébré, les présomptions sont en faveur de sa régularité et de sa validité ; elles concourent à en assurer le respect. Du moment que les collatéraux ou les ascendants n'ont pas fait opposition, il y a probabilité que la volonté des époux a été suffisamment réfléchie et acceptée par leurs proches ; de même que le concours de l'officier de l'état civil prouve ou fait présumer qu'au moment solennel de la célébration, cette volonté a été manifestée librement et intégralement.

Au surplus, si, comme le prétend la doctrine, l'on ne peut dire que l'opposition est exclusive de l'action en nullité, parce que ce sont deux droits bien différents, il nous est loisible de faire remarquer que le législateur ne

place pas sur la même ligne l'empêchement d'un mariage projeté et la destruction d'un mariage célébré. En effet, il répugne à la loi de détruire un mariage. Comment alors expliquer que la nullité appartienne aux collatéraux sans aucune restriction et sans aucune condition, alors que le droit d'opposition ne leur est reconnu que dans certains cas et sous l'observation de certaines formalités.

Enfin, la jurisprudence a suffisamment montré les conséquences funestes qu'entraîne la reconnaissance aux collatéraux du droit d'invoquer la nullité. Dans tous les arrêts que nous avons analysés, on voit rappelé que le législateur a toujours considéré avec défaveur l'intervention des collatéraux. *« Cette exclusion, déclare la Cour de Bordeaux (1), se justifie par les plus sérieuses considérations. On ne devrait pas livrer à d'autres qu'aux époux la discussion d'un consentement qui a pour mobile les sentiments les plus mystérieux et les plus sacrés de la conscience et du cœur. Le mariage ayant pour les époux des suites ineffaçables, et la naissance des enfants y ajoutant des effets irrévocables, l'annulation a toujours été considérée comme une funeste atteinte à la famille et à la société. La défaveur qui s'attache à l'intervention des collatéraux est traditionnelle dans le droit, et la préoccupation constante du législateur, en cette matière, a été de l'écarter ou de la restreindre, en faisant prévaloir l'intérêt*

(1) D. 88-1-162.

social, qui réclame le maintien du mariage, sur les intérêts privés qui peuvent s'attacher à son annulation. »

Au rang des personnes sacrifiées, il faudrait encore, d'après la doctrine classique, placer l'époux sain d'esprit. Il est profondément injuste, fait-on remarquer que cet époux, qui peut-être a été de bonne foi, ne puisse invoquer la nullité du mariage et soit ainsi indissolublement uni à un fou ou à un imbécile.

Nous pourrions répondre que, pratiquement, l'on n'aperçoit pas très bien comment une personne saine d'esprit pourrait se laisser tromper au point d'épouser un dément (1). L'on ne contracte pas mariage en un jour, avec la première personne qui se présente à vous. Il est dans les usages de connaître auparavant son futur conjoint ; l'on a le temps, ne serait-ce que pendant la durée des publications, de découvrir son caractère, ses habitudes et, à plus forte raison, s'il est dément, de constater cette démence. Si bien qu'*a priori* l'époux sain d'esprit ne sera jamais sympathique ; il aura connu l'état de son conjoint et en aura profité pour faire aboutir une union qu'il désirait. Souvent un pareil mariage cachera quelque vilain calcul d'argent ou quelque machination pire ; en tout cas, on pourra reprocher à l'époux sain d'esprit d'être coupable d'une faute lourde.

Cependant, soyons francs et reconnaissons que le

(1) LOYER, pages 92 et s.

conjoint de l'époux dément verra son intérêt sacrifié lorsqu'il aura été de bonne foi. Cette hypothèse, quoique invraisemblable, s'est présentée devant le Tribunal civil de la Seine au cours de l'année 1911. En 1901, un jeune ouvrier épousait une jeune fille qui avait déjà été internée dans un asile d'aliénés, ce qu'il ignorait. Avant le mariage, et au jour de la célébration, la démence de la future épouse ne s'était pas révélée. Ce ne fut que quelque temps après que le mari constata l'état de folie de sa femme qui dut être internée à nouveau. Depuis, l'état de cette dernière n'a fait que s'aggraver. En 1911, le mari intentait une action en nullité de mariage, basée sur le défaut de consentement de sa femme au jour de la célébration. Par jugement du 20 février 1912 (1), le Tribunal civil de la Seine, conséquent avec la jurisprudence de la Cour de Cassation, a repoussé l'action de l'époux sain d'esprit. Ainsi, l'action en nullité lui étant refusée et, d'autre part, la démence n'étant pas, dans notre droit, une cause de divorce, cet époux voit son intérêt sacrifié. Il serait nécessaire, pour que le mariage soit annulé, que la femme démente fût interdite, et que son tuteur exerçât l'action.

Admettons donc que cette conséquence de notre solution, si pratique et si juste par tant de points, est de plus fâcheuses ; mais elle ne peut suffire à faire repousser notre

(1) Nous avons analysé ce jugement lorsque nous exposions la jurisprudence, *supra* pages 108 et s.

système. Si l'époux est de bonne foi, ce qui sera plutôt rare (c'est la première fois depuis la promulgation du Code que l'hypothèse se présente), il sera victime de circonstances malheureuses contre lesquelles on ne peut rien, car les solutions juridiques les meilleures paient par quelque côté leur tribut à l'imperfection essentielle des choses humaines.

C. On ne doit pas l'oublier, en effet, l'intérêt qu'il s'agit avant tout de protéger, c'est celui de l'époux qui n'a pu manifester un consentement libre et éclairé. C'est le vrai but de la nullité édictée comme sanction au principe « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ». Or, seule la nullité relative permet d'atteindre exactement ce but. Tout ce que l'on pourrait souhaiter, c'est que, si le **Code civil** était refondu, l'on permette à l'époux sain d'esprit d'exercer l'action en nullité. La nullité resterait relative, mais au lieu d'être ouverte au seul époux dont le consentement fait défaut, elle serait invocable par les deux conjoints.

C'est dans ce sens que doit être recherchée la solution de la question. Et nous ne pouvons mieux démontrer le bien fondé de l'idée que nous venons d'avancer, qu'en indiquant les décisions prises par la **Première sous-Commission de la Commission de revision du Code civil** relativement à l'absence de consentement des époux dans le mariage. En précisant le sens dans lequel les membres de cette sous-Commission se sont prononcés, nous prouverons, au surplus, que la solution que nous

défendons non seulement est pratique en tous les points, mais aussi correspond exactement aux tendances juridiques modernes.

Appelée à se prononcer sur la distinction des mariages inexistantes et annulables, la **sous-Commission de la Commission de la revision du Code civil** qui, une première fois, avait accepté la distinction, l'a repoussée après un second examen. Et spécialement en ce qui concerne l'absence de consentement des époux, elle a adopté la solution que nous avons défendue. Dans les textes qu'elle a votés, et qui devraient, dans le futur Code civil, remplacer l'article 146 actuel, elle édicte pour le défaut de volonté des époux une nullité relative. Seulement, elle a adopté une nullité relative plus étendue, quant aux personnes ayant le droit de l'invoquer, que celle de l'article 180.

Au cours des débats soulevés par la rédaction de l'article, la situation faite au conjoint de l'époux dément ou dont le consentement fait défaut, lui est apparue critiquable. Elle a pensé que cet époux pouvait avoir ignoré l'état d'aliénation mentale de son conjoint si cet état ne s'est révélé qu'après coup ; en conséquence, il lui a semblé qu'on devait lui permettre de réparer cette erreur. Même elle a jugé utile qu'il en soit ainsi lorsqu'il y a eu imprudence ou, bien plus, mauvaise intention de la part du conjoint sain d'esprit. Elle a donc décidé de lui ouvrir l'action en nullité.

Au surplus, les arguments que cette sous-commission

pouvait invoquer à l'appui de sa décision sont nombreux, M. Saleilles les a indiqués. Cet auteur a fait la remarque suivante : s'il est évident que les étrangers ne doivent pas invoquer la nullité, il faut au moins que ce droit appartienne aux époux. Ils y sont trop directement intéressés pour qu'il leur soit refusé. Certes, l'absence de consentement ne peut produire qu'une nullité relative, parce que le défaut de volonté c'est l'absence de la volonté de vouloir, ou, si l'on préfère, l'incapacité de vouloir, et que toute incapacité n'entraîne dans notre Code qu'une nullité relative. Toutefois, cet état ne vicie pas seulement l'acte prétendu duquel résulte le consentement proprement dit, mais vicie également l'état de mariage dans son but et dans sa fonction : personnel à l'un des époux, il a sa répercussion sur les deux. Voilà pourquoi il doit engendrer protection et, par conséquent, une nullité pour tous deux (1).

Ainsi, tout en repoussant le principe de l'inexistence et en considérant que l'absence de volonté ne peut entraîner qu'une nullité relative, la PREMIÈRE SOUS-COMMISSION DE LA COMMISSION DE REVISION DU CODE CIVIL a voté un texte permettant au conjoint de l'époux dont le consentement fait défaut d'invoquer la nullité du mariage. Allant même plus loin, et s'inspirant de hautes considérations tirées de l'intérêt familial, elle a décidé que l'action appartiendrait également aux ascendants

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, pp. 369 à 398.

de l'époux dont le consentement est absent (1). Telle qu'elle a été réglementée, cette nullité n'en reste pas moins une nullité relative invocable seulement par un

(1) Voici les textes adoptés par la sous-commission de la commission de revision du Code civil.

Art... — S'il y a eu défaut de consentement chez l'un des époux, le mariage ne peut être attaqué que par les époux, ou par les ascendants de celui des époux dont le consentement a fait défaut.

L'action en nullité peut être exercée, soit par le père, soit par la mère.

Lorsqu'il n'y a plus ni père ni mère, elle passe aux ascendants qui sont les plus proches dans chaque ligne, et ne peut être intentée par l'un d'eux que du consentement de ceux des autres ascendants à qui elle appartient.

Art... — L'action en nullité résultant de l'application de l'article précédent n'est plus recevable :

1^o De la part de l'époux dont le consentement a fait défaut, lorsqu'il s'est écoulé une année, ou qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'état qui avait été la cause du défaut de consentement a disparu ;

2^o De la part de l'autre époux et des ascendants, lorsqu'il s'est écoulé une année depuis la célébration du mariage, ou lorsque l'époux dont le consentement a fait défaut aura perdu le droit d'agir en nullité par application de la disposition précédente.

Art... — L'action en nullité résultant de l'application de l'article... n'est également plus recevable lorsque ceux à qui elle appartenait y ont renoncé expressément.

La renonciation émanée de l'époux dont le consentement avait fait défaut rend irrecevable l'action en nullité des ascendants.

La renonciation de la part d'un ascendant, lorsqu'il s'agit d'ascendants autres que les père et mère, étend l'action des autres ascendants.

nombre de personnes limitativement énumérées et soumises à une ratification expresse ou tacite.

Que la doctrine ne nous conteste pas le droit d'invoquer à l'appui de notre thèse cette décision prise par la **première Sous-Commission de la Commission de revision du Code civil**. C'est en vain qu'elle prétendrait que la nullité votée, différente de celle que nous sommes obligés d'admettre, prouve que celle de l'article 180 est insuffisante et ne répond pas aux nécessités pratiques. L'on comprend, en effet, que les membres de la sous-commission, appelés à choisir un texte, aient arrêté leur choix sur une nullité qui ne laisse sacrifier aucun intérêt et aboutisse au maximum d'équité. Mais il n'en reste pas moins vrai que les raisons qui, avant toute réglementation de la nullité relative, ont fait repousser le principe de l'inexistence possèdent une valeur propre. Nous sommes en droit de les invoquer pour démontrer que la tendance juridique moderne envisage la question sous un aspect pratique et cherche à la solutionner dans le sens le plus juste, le plus conforme aux intérêts en présence, ce qui l'entraîne à repousser l'inexistence comme sanction à l'absence de consentement des époux pour se tourner vers la nullité relative.

CONCLUSION

En résumé, la doctrine classique, après s'être servie de l'idée d'inexistence dans le seul but de tourner la difficulté que faisait naître, au cas d'absence de consentement des époux, l'application du principe : « *Il n'y a pas de nullité de mariage sans un texte qui la prononce expressément* », a reconnu plus tard à cette idée de néant juridique la valeur d'un principe, et ce principe d'inexistence une fois admis, en a déduit toutes les conséquences logiques. C'est ainsi que, écartant toute considération pratique pour ne s'attacher qu'au côté philosophique de la question, elle est arrivée à refuser au mariage privé du consentement des époux toute existence, tous effets même les plus lointains et, logique avec elle-même, elle lui a appliqué intégralement les règles de l'inexistence.

Mais, lorsqu'on sort du domaine purement théorique et que l'on recherche si la solution de la doctrine classique concorde avec les faits, l'on s'aperçoit que cette idée de néant juridique appliquée au défaut de volonté des époux dans le mariage n'est nullement conforme à la réalité. Si l'on adopte le système qu'une partie de la doctrine moderne voudrait voir employer pour toute recherche des effets des nullités, si l'on écarte les conceptions abstraites et *a priori* pour s'attacher à l'étude des faits et rechercher une solution qui concorde à la fois avec les principes de notre **Code civil** et avec la réalité des choses, l'on constate bien vite que l'on ne peut parler de

mariage inexistant dès qu'une célébration a eu lieu et que les parties ont réellement comparu devant un officier de l'état civil.

La célébration, si on l'analyse, se présente comme un acte de l'autorité publique, intervenant d'une façon active et directe pour créer le lien conjugal que les volontés individuelles sont impuissantes à faire naître. Il s'ensuit que le mariage célébré, même privé du consentement des époux, apparaît valable ; cette apparence résultant d'un acte de l'autorité publique a une valeur juridique ; l'acte existe non seulement en fait mais en droit. Il est certain que le mariage est frappé d'inefficacité comme ne renfermant pas tous les éléments exigés par la loi pour sa formation ; mais, pour que cette nullité produise des effets il est nécessaire, qu'il y ait conflit ou non, qu'elle soit prononcée. L'autorité publique doit détruire le lien qu'à tort elle a créé. L'action en justice apparaît donc non seulement comme possible, mais bien comme indispensable.

Quant aux effets de cette nullité, ils sont identiques à ceux que produit la nullité résultant des vices du consentement. La distinction que fait la doctrine classique entre les causes qui détruisent entièrement la volonté, comme la démence, l'ivresse, l'état de suggestion hypnotique, et celles qui l'empêchent seulement de se manifester d'une façon libre, éclairée, ne répond à aucune réalité.

D'une part, il n'y a pas des causes qui forcément, invariablement, fassent disparaître le consentement d'une façon complète. D'autre part l'erreur, la violence, qui

sont les vices du consentement, peuvent anéantir la volonté aussi complètement que la démence et l'ivresse elles-mêmes. En conséquence, l'on ne voit aucune raison de soumettre à des régimes différents des nullités dont les effets sont identiques.

Le Code civil édicte une nullité relative au cas de vices du consentement. Le choix d'une telle nullité se justifie rationnellement. En empêchant de produire des effets au mariage entaché d'erreur ou de violence, le législateur avait l'intention de protéger la personne dont la volonté n'avait pas été libre et éclairée. La nullité relative, seule, lui permettait d'atteindre ce but. Elle donnait en effet à la personne protégée la possibilité de faire annuler le mariage s'il préjudiciait à ses droits, lui fournissant ainsi une protection éclairée. De plus, elle laissait subsister certains effets secondaires du mariage qu'il serait contraire à l'équité de faire disparaître. C'est pourquoi le législateur l'a adoptée.

Or, il y a les mêmes raisons de logique et d'équité pour choisir cette nullité comme sanction au principe de la nécessité du consentement des époux dans le mariage. Ici encore, l'intention qui doit être celle du législateur, c'est la protection de la personne qui n'a pas donné une adhésion mentale à l'acte. L'on doit donc adopter la nullité relative qui permet, bien mieux que l'inexistence, d'atteindre ce but, puisqu'elle laisse à l'époux qui n'a pas consenti la liberté de faire annuler le mariage, soit en agissant lui-même, s'il le peut, soit en exerçant l'action par l'intermédiaire de son tuteur, s'il est interdit.

Nous concluons donc que la solution pour laquelle s'est très nettement prononcée la jurisprudence et principalement le Cour de Cassation, est celle qui, rationnellement, se justifie le mieux, qui est la plus en rapport avec les faits, la plus conforme à l'équité.

L'on doit ajouter qu'elle n'est nullement contraire à la loi, ni même à l'esprit de notre Code : L'article 146 ne peut être considéré comme contenant la consécration du principe de l'inexistence, et le législateur, lorsqu'il a voulu protéger les personnes incapables de donner un consentement, a édicté une nullité relative.

Enfin, la solution de la jurisprudence se concilie avec les dispositions suffisamment larges des articles 180 et 181.

Ce sont, nous semble-t-il, toutes ces raisons qui ont entraîné des auteurs modernes à abandonner de plus en plus la solution de la doctrine classique pour s'incliner vers la nullité relative. Et, en présence des décisions prises et des textes votés par la sous-commission de la commission de revision du Code civil, l'on peut espérer, si notre **Code** est refondu, que le principe de l'inexistence sera définitivement et expressément écarté et qu'un texte nouveau adoptera, comme sanction au principe de la nécessité de consentement des époux, une nullité relative. Cette nullité sera, sans doute, quant aux personnes ayant le droit de l'invoquer, plus large que celle de l'article 180, afin que les intérêts du conjoint sain d'esprit ne soient pas sacrifiés, elle n'en restera pas moins une nullité relative, soumise aux règles générales de ces sortes de nullités.

DEUXIEME PARTIE

L'absence de consentement dans les actes juridiques relatifs à l'état des personnes.

(Essai d'application de la nullité relative admise comme sanction
à l'absence de consentement dans le mariage).

CHAPITRE PREMIER

LES RAISONS QUI PEUVENT JUSTIFIER CET ESSAI

Etendant à présent notre étude aux actes relatifs à l'état des personnes (*Adoption, Naturalisation, Reconnaissance d'enfant naturel, Emancipation*), nous allons, dans cette seconde partie, tâcher d'appliquer la solution à laquelle nous avons abouti pour le mariage.

Les raisons qui nous ont conduit à admettre la nullité relative comme sanction à l'absence de consentement des époux dans l'union conjugale sont de deux sortes : Les unes sont spéciales à ce contrat, tel le principe « *Pas de nullité de mariage sans un texte qui la prononce expressément* », ainsi que tous les arguments que nous avons invoqués et qui se rattachent soit à l'idée du ma-

riage, acte juridique ayant un but exclusivement moral et réalisant son principal effet par le seul fait de sa passation, soit à la conception de la célébration, acte de l'autorité publique (1).

A côté de ces premières considérations qui nous ont servi à écarter, avant tout, le principe de l'inexistence, nous en avons, pour adopter la nullité relative, placé d'autres qui, se rattachant à des idées plus générales, n'ont rien de particulier au mariage et sont susceptibles d'être invoquées avec la même force à propos de n'importe quel acte juridique au sujet duquel peut être soulevée la question des effets de l'absence de consentement. De ce nombre se trouve principalement la plupart des raisons multiples que nous avons invoquées pour justifier l'assimilation qui a été faite quant à leurs conséquences entre les vices du consentement (*erreur, violence*) et les causes qui, de l'avis de la doctrine classique, rendent le consentement inexistant (*démence, ivresse, état de suggestion hypnotique*).

Ces raisons sont justes quel que soit l'acte au sujet duquel s'élève la question des effets de l'absence de consentement. Nous allons même constater que, pour tout acte juridique autre que le mariage, l'assimilation entre

(1) Nous verrons toutefois, lorsque nous étudierons l'adoption et la naturalisation, que ces deux actes ont, comme le mariage, essentiellement sinon exclusivement, un but moral, et que l'autorité publique intervient également pour leur formation.

les vices de la volonté et l'absence de consentement est encore plus facile à justifier en présence de l'article 502 **Code civil** qui, de l'avis de la majorité de la doctrine actuelle et de toute la jurisprudence, s'applique aux actes relatifs à l'état des personnes comme aux autres conventions juridiques.

Or, c'est précisément en partant de ce point, à savoir que, rationnellement, il n'y a aucun motif, aucun intérêt juridique et pratique à faire entre les vices et l'absence du consentement et, quant à leurs effets, une distinction qui ne répond à aucune réalité, que nous espérons arriver à appliquer aux actes relatifs à l'état des personnes la solution que nous avons acceptée pour l'un d'eux.

CHAPITRE II

LA NULLITÉ RELATIVE

(De quelle façon se justifie son choix comme sanction au défaut de volonté des parties dans tout acte juridique relatif à l'état des personnes).

Justifions avant tout l'affirmation qui vient d'être émise et montrons que l'assimilation entre vices et absence de consentement s'explique pour tous les actes sur lesquels porte notre étude de la même manière que pour le mariage lui-même :

Il n'y a pas, avons-nous dit à propos de ce dernier acte, de causes qui entraînent forcément et toujours l'absence de consentement. La démence, l'ivresse, sont susceptibles de degrés et, s'il y a des folies qui peuvent détruire toute volonté chez celui qu'elles frappent, il en est d'autres qui laissent le dément capable de discernement et susceptible de comprendre la portée de certains de ses actes. Nous avons également démontré que l'erreur, la violence, peuvent, au même titre que la folie et l'ivresse et d'une façon aussi complète, détruire le consentement de la personne qui en est victime.

Enfin le législateur, avons-nous expliqué, a, au cas

de vices de consentement, édicté une nullité relative parce que cette nullité seule lui a permis d'atteindre le but qu'il visait, c'est-à-dire la protection de la personne victime de l'erreur et de la violence ; or, au cas d'absence de consentement, avons-nous ajouté, le but de la nullité doit être également la protection de la personne n'ayant pas donné son adhésion à l'acte ; il y a donc le même intérêt à admettre la nullité relative comme sanction.

Ces raisons, que nous ne faisons que rappeler, ont en elles-mêmes et indépendamment de l'acte juridique au sujet duquel elles peuvent être invoquées, toute leur valeur et toute leur force. Il en est d'ailleurs de même de cette dernière idée que nous avons énoncée, à savoir qu'il serait plus juste, lorsqu'il y a eu manifestation extérieure de volonté, si cette manifestation n'a pas correspondu à une véritable adhésion mentale, de parler d'incapacité plutôt que d'absence de consentement.

Mais ce ne sont pas les seuls arguments que nous avons fait valoir lorsque nous nous sommes occupé de l'union conjugale ; subsidiairement, et à côté de ces considérations d'un ordre général, nous en avons indiqué d'autres se rattachant plus étroitement à l'idée de mariage.

C'est ainsi qu'a été précisé l'intérêt capital qu'il y a, pour la famille et pour la société, à ce que toute personne ne puisse, souvent par le seul souci de son intérêt propre qui ne sera jamais que d'importance secondaire, faire tomber une union que les époux ont intérêt à respecter et veulent voir subsister.

Également, nous avons affirmé la nécessité de ne pas laisser trop longtemps en suspens le sort d'un mariage, la stabilité de l'union conjugale étant un principe fondamental de notre droit.

Enfin, avons-nous démontré, l'époux qui n'a pas consenti au moment de la célébration a la possibilité de ratifier l'acte plus tard, soit expressément le jour où il recouvre la raison, soit tacitement en continuant, une fois en possession de la plénitude de ses facultés, à vivre avec son conjoint bien qu'il connaisse la nullité qui frappe son union.

Or ces arguments, tirés du caractère original et des conséquences particulièrement importantes du mariage, se retrouvent toutes les fois qu'il s'agit d'un acte juridique intéressant l'état des personnes. Il y a dans l'adoption, la reconnaissance d'enfant naturel, les mêmes raisons à ce que la nullité de l'acte ne puisse être invoquée par des tiers, ni même par des parents plus ou moins éloignés qui ne se laisseront jamais guider que par l'intérêt ; également pour déterminer les droits et les devoirs des parties entre elles (adoptants et adoptés, parents et enfants naturels), ainsi que pour reconnaître la capacité de l'enfant émancipé ou de l'étranger naturalisé français, il est nécessaire d'être promptement fixé sur l'état respectif de chacun ; et il serait préjudiciable aux droits de tous que la nullité soit perpétuelle, comme le veut la doctrine classique. Enfin, l'on comprend très bien que le fait pour l'adoptant et l'adopté de respecter les obligations qui

naissent du contrat d'adoption, lorsqu'il est régulièrement passé, le fait pour les parents de l'enfant naturel de remplir les devoirs qui découlent de la parenté, ou celui pour le naturalisé de se soumettre à la loi française, remplacent le consentement absent à l'origine.

Par conséquent l'on doit considérer que, quels que soient les actes juridiques relatifs à l'état des personnes, il y a toujours les mêmes raisons d'assimiler, quant à leurs effets, les vices et l'absence du consentement.

Comment, d'ailleurs, accepter la solution de la doctrine classique ? Si l'on reconnaît, comme le veut cette doctrine, que l'absence de consentement entraîne l'inexistence de l'acte, l'on aboutit, en présence de l'article 502 Code civil, à des conséquences absurdes !

En effet, il est généralement admis que l'article 502 s'applique à tous les actes juridiques autres que le mariage (1) ; l'on sait également que l'unanimité de la doctrine considère la nullité édictée par cet article comme

(1) Toutefois, certains auteurs donnent à l'article 502 une portée plus restreinte et le considèrent comme ne s'appliquant pas non plus à l'adoption. Même quelques-uns sont d'avis que tous les actes juridiques intéressant la personne ou les rapports de famille ne rentrent pas dans les termes de cet article. AUBRY et RAU, 5^e *édit.*, tome 1^{er}, § 127, page 808. — BEUDANT, *op. cit.*, tome II, n^o 978. — Voir l'opinion de M. Planiol, tome 1^{er}, n^o 2079 ; et l'exposé de la doctrine sur la question de l'étendue et de l'application de l'article 502 dans BAUDRY-LACANTINIERE et BONNECARRÈRE, *Des personnes*, tome 4, n^{os} 879 et s., page 776.

purement relative (1). Ceci étant, même si l'on considère que logiquement le défaut de volonté doit entraîner l'inexistence de l'acte, l'on est bien obligé de reconnaître, en présence de l'article 502, qu'il n'en sera rien et que la nullité sera purement relative, si la cause qui a empêché le consentement d'exister était la démence et si la partie qui en était atteinte était interdite (2).

La doctrine, il est vrai, n'a pas toujours admis cette solution. Elle a, au contraire, prétendu, notamment à propos des contrats, que, lorsqu'il y a interdiction, on pourrait, au lieu de s'en tenir à la simple présomption résultant de l'interdiction, faire la preuve du défaut de consentement au moment de la passation de l'acte, afin de donner l'action en nullité à tous les intéressés (3). Mais certains auteurs et les Tribunaux et Cours d'appel ont montré la fausseté d'un tel raisonnement, et ils l'ont au surplus repoussé non pas seulement pour ce motif que la réglementation même de l'interdiction n'autorise d'autre système de nullité que celui de la nullité relative de l'article 502, mais aussi pour la raison autrement profonde que l'aliénation mentale

(1) PLANIOL, *op. cit.*, tome 1^{er}, n^{os} 2083 et 2084. — AUBRY et RAU, 5^e éd., tome 1^{er}, § 127. — BEUDANT, tome II, n^o 976, page 601.

(2) Ou interné dans un asile d'aliénés. *Art. 39 de la loi du 30 juin 1838.*

(3) MARCADÉ, *op. cit.*, tome II, sous l'art. 502, n^o 2. — LAURENT, *op. cit.*, tome 5, n^o 305.

ne constitue jamais, en droit, qu'une simple incapacité fondée sur les vices ou l'altération du consentement (1). Par conséquent, si l'on accepte la doctrine classique, on doit, lorsque la démence est la cause du défaut de volonté, faire la distinction suivante :

1° Au cas où la personne qui n'a pas donné un consentement raisonné était interdite ou internée dans un asile d'aliénés, la nullité sera seulement relative et l'acte pourra, plus tard, être ratifié.

2° Si, au contraire, le dément n'était ni interdit, ni interné dans un asile d'aliénés, l'acte sera inexistant.

Cette distinction n'a rien de juridique. Elle aboutit même à une conséquence irrationnelle et peu juste. En somme, ce serait précisément dans les cas où le consentement ferait défaut de la façon la plus complète que la nullité serait relative ! Car il n'est pas douteux que ce sont ceux dont les facultés sont le plus gravement atteintes que l'on interdit ou que l'on interne.

Pourquoi le législateur se serait-il montré si inconséquent ? Pour quel motif, après avoir admis le principe de l'inexistence, l'aurait-il écarté dans l'hypothèse qui soit la seule pratique, consacrant ainsi une distinction qui n'a aucune raison logique ni pratique ?

(1) AUBRY et RAU, 5^e *édit.*, tome 4, § 343, page 477 (voir ce que nous avons dit relativement à l'opinion de ces auteurs *supra* page 206). — Egalement SALEILLES, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, page 373, note 1.

Il est un raisonnement qui nous paraît autrement juste et rationnel, c'est celui d'Aubry et Rau, et de la jurisprudence (1) qui, estimant qu'en droit français la démence n'est qu'une cause d'incapacité, appliquent la dite nullité relative pour toutes les conventions passées sous l'empire de la folie, même en dehors de toute interdiction ou de tout internement.

Disons donc que cette dernière solution est la seule

(1) Voici les principaux arrêts qui se prononcent dans le sens que nous indiquons : Nîmes, 29 janvier 1891, D. 91-2-97. — Poitiers, 30 octobre 1893, S.1895-2-225, avec une note de M. Lacoste, professeur à la Faculté d'Aix. Bordeaux, 22 avril 1896, S. 1896-2-232 et Pand-Franc.1897, 2-321 avec une note de M. Carré de Malberg. L'arrêt de Poitiers a, en termes exprès, accepté la théorie d'Aubry et Rau. Dans la note qui figure sous cet arrêt, M. Lacoste a tâché de réfuter la doctrine que cette jurisprudence consacre. A ce propos, il examine les effets produits par les actes passés par un dément, suivant qu'au moment de la passation de cet acte, le dément était : 1° Interdit ; 2° interné dans un asile d'aliénés, mais non interdit ; 3° non interdit ni interné. Relativement à l'acte passé par le dément en état d'interdiction, ou interné dans un asile d'aliénés, il reconnaît qu'en présence des articles 502 C. c. et 39 de la loi du 30 juin 1838, il ne peut y avoir lieu qu'à une nullité relative, mais il n'accepte pas cette solution pour les autres hypothèses où un dément peut accomplir un acte. Il soutient que le droit français n'a jamais, d'une façon générale, considéré l'oblitération permanente ou passagère des facultés mentales comme une cause d'incapacité. Il faudrait donc, d'après M. Lacoste, admettre que la démence entraîne tantôt la nullité relative, tantôt l'inexistence de l'acte. C'est ce qui nous paraît illogique.

qui se comprenne ; la raison y conduit naturellement. Par conséquent, pour l'écarter et pour admettre la solution que préconise la doctrine classique et qui est si contraire à l'équité, il faut que nous y soyons obligés, et cette obligation ne peut exister que si les raisons qui ont fait admettre le principe de l'inexistence ont été acceptées par le législateur ou sont en conformité avec la réalité des faits. En d'autres termes, pour décider que l'absence de consentement, lorsque l'auteur de l'acte n'est ni interdit ni interné dans un asile d'aliénés, a pour effet de rendre l'acte inexistant, il est indispensable qu'un texte du Code édicte cette sanction ou que le fait de l'inexistence s'impose. L'acte doit apparaître si informe que la nullité ne fasse de doute pour personne et qu'il soit impossible de supposer l'existence de cet acte. Si nous parvenons à établir qu'aucun texte n'édicte d'une façon générale l'inexistence au cas de défaut de volonté ; si, d'autre part, nous démontrons que l'idée de néant juridique, la conception de l'inexistence, pur fait s'imposant par la force des choses, sont appliquées aux actes juridiques relatifs à l'état des personnes, contraires à la réalité, nous aurons par là-même écarté toutes les objections que l'on peut faire à notre théorie, et le choix de la nullité relative comme sanction au défaut de consentement dans les actes que nous étudions sera entièrement justifié.

CHAPITRE III

L'INEXISTENCE

§ 1^{er}. — Recherche d'un texte qui dans notre Code civil en consacre le principe résultat négatif.

Tâchons, en premier lieu, de démontrer qu'aucun texte de notre Code civil ne pose le principe de l'inexistence au cas d'absence de consentement.

Lorsque nous avons étudié l'absence du consentement dans le mariage, il a été indiqué que la doctrine voyait le principe de l'inexistence posé dans l'article 146, et il a été ajouté que, d'après cette même doctrine, l'article 146 ne serait d'ailleurs qu'une application particulière d'une règle plus générale, contenue dans l'article 1108 et ayant trait à toutes les conventions.

Comment a-t-on pu arriver à interpréter dans ce sens l'article 1108 ? Après avoir élaboré la théorie de l'inexistence et y avoir compris l'absence de consentement comme l'un des cas les plus certains de cette nullité, les commentateurs recherchèrent si le législateur lui-même n'avait pas consacré expressément cette théorie. Ils devaient donc tout naturellement faire porter leurs recherches sur le **Titre III du Livre III du Code civil** et à

l'endroit où entrent en jeu et ont dû être posées les notions les plus fondamentales, les plus essentielles et les plus simples de la matière des obligations. C'est ce qu'ils firent et ils crurent voir le principe de l'inexistence posé dans l'article 1108, c'est-à-dire au seuil même des « Obligations ».

Dans cet article ainsi conçu : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation* », la loi, expliquent-ils, a voulu indiquer quels sont les éléments essentiels, indispensables à la formation de toute convention. Or ces éléments sont au nombre de trois :

1° Le consentement de la partie qui s'oblige, auquel il faut naturellement joindre celui de la personne envers qui l'on s'oblige ;

2° Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

3° Une cause licite de l'obligation.

L'article 1108, il est vrai, en énumère un quatrième : « la capacité de la personne qui s'oblige » ; mais c'est par erreur, cet élément n'a pas le caractère d'essentiel à la formation de l'acte. Il est évident et reconnu que l'incapacité ne saurait entraîner qu'une simple annulabilité ; on doit donc l'écarter. Egalemeut le législateur a, pour exprimer sa pensée, employé des termes impropres : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une conven-*

tion », déclare-t-il. Ce n'est pas du mot « *condition* » qu'il aurait dû se servir, mais du mot « *élément* », et à la place du mot « *validité* », c'est « *inexistence* » qu'il faut lire.

Mais, une fois la condition d'incapacité supprimée et l'imperfection du langage du législateur corrigée, le sens de l'article 1108 apparaît tout entier et avec netteté (1) ; il édicte l'inexistence et l'on doit décider avec lui que nulle convention ne peut exister sans le consentement des parties à l'acte ; même l'on peut généraliser et dire que le consentement est un élément constitutif, non seulement de tout contrat et de toute convention, mais aussi de tout acte juridique. En effet, bien que le principe de l'inexistence, au cas d'absence de consentement, ne soit édicté expressément par l'article 1108 que pour les conventions, il s'applique à tous les actes juridiques. La loi elle-même, avec ses termes très généraux, autorise cette induction et, s'il est vrai que notre Code ne formule nulle part expressément une théorie des actes nuls, on peut compter l'article 1108 parmi les textes qui, à bon droit, pourraient y figurer.

Tel est le raisonnement de la doctrine classique. Il a été critiqué, à très juste titre, croyons-nous. L'on a fait

(1) DEMOLOMBE, *op. cit.*, XXIV, n^{os} 40, 41 et 42. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Obligations*, I, n^o 26. — BEUDANT, *Obligations*, n^{os} 55 et s. — AUBRY et RAU, 5^e *édit.*, tome 4, page 475 et la note 1^{re}. — LOYER, *op. cit.*, pages 140 et s.

observer que la loi place sur le même rang deux éléments de valeurs inégales, le consentement et la capacité, et qu'elle emploie des termes très différents de ceux dont on a l'habitude de se servir pour désigner l'inexistence. Enfin, certains auteurs ont objecté que, pour arriver à montrer le principe de l'inexistence enfermé dans l'article 1108, les auteurs font subir au texte de telles modifications que, dans la rédaction qu'ils proposent, l'on ne retrouve plus la disposition de la loi.

C'est pourquoi les adversaires de la théorie classique des nullités ont soutenu que l'on devait donner de l'article 1108 une explication plus simple et qui se concilie mieux avec les termes employés par le législateur.

Et voici ce qu'à ce propos écrit M. Loyer (1) :

« C'est précisément le mot *essentiels*, ce mot qui ravit si fort les auteurs parce qu'ils ne veulent pas le comprendre et qu'ils y mettent tout ce qui n'y est pas, qui éclaire notre disposition et en rend le sens si net à nos yeux. En effet, étant donné un acte juridique d'une nature déterminée, pour que cet acte soit valable, pour qu'il produise son plein et entier effet, il faut qu'il réunisse certaines conditions, de telle manière que, chaque fois qu'on rencontrera cet acte, on les y trouvera réunies et immuables, sous la diversité des modalités accessoires. Il y a au contraire d'autres conditions qu'un acte donné présentera habituellement, mais pas d'une façon permanente et

(1) **LOYER**, *op. cit.*, pages 160 et 161.

absolue, des conditions dont l'absence ne fera subir à l'acte qu'une modification secondaire, des conditions par là même qui pourront disparaître sans en altérer irrémédiablement la physionomie et le caractère. Cette distinction a été faite depuis longtemps : de ces conditions les premiers sont de l'essence de l'acte, les secondes sont de la nature de l'acte. C'est ainsi que le prix est de l'essence de la vente, car une vente sans prix ne se conçoit pas ; au contraire la gratuité est seulement de la nature du mandat, parce que le mandataire presque toujours n'est pas salarié bien qu'il arrive quelquefois et bien qu'il soit possible que le mandataire soit salarié. C'est là le langage traditionnel que, sans être grand clerc, tout le monde comprend. C'est une manière commode de synthétiser les résultats d'un travail préalable d'analyse. L'article 1108 n'a pas fait autre chose. Dans toute convention valable, nous devons trouver un consentement, un objet, une cause et des *contractants* capables.

Il n'y a aucune différence à faire entre ces conditions. La capacité est aussi nécessaire à la validité d'une convention que le consentement, l'objet ou la cause. Cette condition de capacité est de l'essence de la convention, elle s'y rencontre toujours avec les trois autres.

Le législateur de 1804 n'a donc pas commis une négligence, il a exprimé dans le langage traditionnel une règle certaine et voilà tout. Que la capacité soit un élément d'une qualité rationnellement inférieure, si l'on peut dire, le législateur ne s'en soucie pas. La capacité des con-

tractants est-elle nécessaire à la validité des conventions et par là même est-elle une condition générale en ce sens que toute convention valable la suppose ? Voilà la question qu'il se pose ; et, comme il faut y répondre par l'affirmative, il se contente de dire que la capacité, comme le consentement, l'objet et la cause, est une condition essentielle de la validité des conventions. »

Voici la deuxième explication que l'on a donnée de cet article 1108. Il faut reconnaître qu'elle vaut largement la première et qu'elle a au moins le mérite de respecter le texte, d'être conforme au langage traditionnel et de permettre au législateur d'échapper au reproche d'incohérence qu'on lui prodigue si volontiers.

A nos yeux, cette dernière interprétation est la seule juste. En réalité, l'article 1108 n'a pas le rôle important qu'on lui attribue. Les règles qu'il pose sont plus simples. Et, placé au début du chapitre I^{er} du titre III du livre III, il a pour but d'examiner les divers éléments qui se rencontrent dans tout acte valable et annonce ainsi les différentes sections du chapitre.

§ II. — **Impossibilité de faire concorder ce principe
avec la réalité des faits**

Si tel est le sens exact de l'article 1108, et nous le croyons, il n'existe aucun texte, dans notre **Code civil**, qui oblige l'interprète à considérer l'absence de consentement comme un cas d'inexistence. Mais cela ne suffit pas pour écarter les règles de l'inexistence. Nous ne devons

pas oublier, en effet, que la théorie classique a fait de l'absence de consentement un cas d'inexistence rationnelle.

D'après cette théorie, à défaut de volonté, l'acte serait inexistant par la force même des choses et indépendamment de toute disposition législative. L'acte juridique étant essentiellement un acte de volonté, l'élément créateur étant cette volonté, logiquement, rationnellement l'acte ne pourra naître, se former si cet élément vient à faire défaut. Nous connaissons le raisonnement. Il nous faut donc, pour écarter définitivement le principe de l'inexistence, démontrer que cette idée de néant juridique, appliquée aux actes relatifs à l'état des personnes, est inexacte. Pour ceci nous allons rechercher sous quel aspect se présente en fait chaque acte : Adoption, Naturalisation, Reconnaissance d'enfant naturel, Emancipation, lorsque le consentement de leur auteur ou de l'une des parties à l'acte fait défaut au moment de sa passation.

Pour plus de clarté, nous répartirons ces actes en deux sections distinctes.

Dans la première, nous étudierons les actes juridiques auxquels l'accomplissement des formalités exigées par la loi donnent une véritable existence de droit.

Et nous réserverons, pour la seconde section, les actes qui se présentent dans des conditions différentes des premiers et n'acquièrent, bien que les formalités auxquelles ils sont soumis aient été observées, aucune existence légale, mais simplement une apparence de

validité de pur fait dont nous aurons à déterminer la valeur.

(1^{re} SECTION). — **Adoption. — Naturalisation**

Dans notre première partie, lorsque nous avons recherché, à propos du mariage, la valeur de l'apparence de validité résultant de la célébration, il a été démontré l'importance capitale de la forme en cette matière, et cette importance, nous avons dit qu'elle découlait des deux faits suivants : Premièrement, avons-nous expliqué, le mariage étant un acte qui tend vers un but idéal, la création d'un lien conjugal, son principal effet se réalise par le fait seul de sa passation. Secondement, la célébration à laquelle l'officier de l'état civil prête son concours est un acte de l'autorité publique, qui crée entre les époux un lien que les volontés individuelles sont impuissantes à faire naître, ce qui a pour conséquence de rendre le mariage célébré juridiquement existant jusqu'à ce que l'autorité intervienne à nouveau et détruise ce qu'à tort elle a établi.

Ceci rappelé, nous allons voir que la forme joue, dans l'adoption et la naturalisation, un rôle aussi important que dans le mariage.

D'abord, en ce qui concerne l'adoption :

Etudiant l'absence de consentement, nous supposons remplies toutes les autres conditions nécessaires à la validité de l'acte ; conditions d'âge chez l'adoptant et l'adopté, absence de descendants légitimes chez l'adop-

tant (art. 343 et 346), consentement de l'époux de l'adoptant (art. 344), consentement des père et mère de l'adopté, enfin et surtout, formes exigées par la loi. Par conséquent, nous raisonnons sur un acte d'adoption qui a été revêtu de toutes les formalités édictées aux articles 353 et suivants du Code civil. Les parties ont comparu devant le juge de paix du domicile de l'adoptant, le Tribunal civil du lieu du domicile de ce dernier et la Cour d'appel ont rendu un jugement et un arrêt, cet arrêt a prononcé l'adoption, et cette adoption a été transcrite sur les registres de l'état civil de la commune de l'adoptant ; seul le consentement de l'une des parties a fait défaut. C'est ainsi que le problème se pose. Or, si toutes ces formalités ont été remplies, il est certain que, malgré le défaut de volonté de la part de l'un des contractants, l'acte va apparaître, au premier abord, pleinement valable et la nullité restera complètement cachée derrière cette apparence.

Or quelle peut être, au point de vue qui nous occupe, la valeur de cette apparence de validité ? Nous répondrons : cette valeur est identique à celle qui a été précédemment reconnue à l'apparence de validité que présente le mariage une fois célébré.

Et, en effet, l'adoption, comme l'union conjugale, est un acte qui tend vers un but idéal, la création d'un lien abstrait de filiation ; ce que les parties veulent, c'est établir fictivement entre eux les rapports qui découlent de la filiation. L'acte réalise donc son principal effet par

le fait même de sa passation, et le contrat d'adoption vaut surtout par la croyance que les parties et les tiers peuvent avoir en son existence. Toutefois l'existence du lien idéal est ici moins importante qu'en matière de rapports conjugaux, ce qui s'explique par deux raisons : premièrement, le lien de filiation créé par l'adoption est purement fictif et n'établit jamais, comme cela se produit dans le mariage, un rapport réel entre les parties ; ensuite, souvent adoptant et adopté ont en vue les effets secondaires, soit moraux, soit patrimoniaux de l'acte qu'ils contractent plutôt que son effet principal et abstrait.

Il n'en est pas moins vrai que l'acte garde un but idéal et abstrait ; or, ce but, les volontés des parties ne peuvent l'atteindre que grâce à l'intervention active de l'autorité publique. Ce rôle créateur de la puissance publique est facile à démontrer : il existait déjà à Rome. La création du lien de l'*Adrogation* était l'œuvre du peuple, tout autant que celle des parties. Le peuple était assemblé dans les comices et, lorsque l'adrogeant et l'adrogé avaient déclaré consentir, le peuple était, à son tour, solennellement interrogé et seule sa réponse affirmative rendait efficace la volonté des parties.

Dans notre droit également, la création du lien de filiation adoptive est au-dessus des volontés individuelles. L'adoption est l'œuvre de l'autorité publique qui intervient ici par l'organe du pouvoir judiciaire. Nous ne croyons pas qu'il faille voir cette intervention dans la

procédure en justice de paix, non plus que dans l'inscription effectuée sur les registres de l'état civil. Le juge de paix n'a qu'un rôle passif, les parties se présentent devant lui « *pour y passer acte de leur consentement respectif* », déclare l'article 353 **Code civil**. L'officier de l'état civil remplit également une mission d'ordre secondaire ; il ne fait qu'enregistrer l'adoption qui a été prononcée par l'arrêt de la Cour d'appel. Le Tribunal et la Cour d'appel, au contraire, jouent bien un rôle actif. En effet, aux termes des articles 356-357 **Code civil**, ils prononcent *qu'il y a lieu ou qu'il n'y a pas lieu* à l'adoption. Leur rôle paraît même, par un certain côté, être plus considérable que celui de l'officier de l'état civil qui célèbre un mariage. Ils peuvent rejeter la demande, toutes les conditions exigées par la loi d'une façon plus précise fussent-elles remplies. Ils apprécient arbitrairement et n'ont même pas à indiquer de motifs (1).

Or, de ce que l'autorité publique a dans l'adoption un rôle actif, de ce que c'est elle qui crée le lien de filiation qu'avaient en vue les parties, il s'ensuit les conséquences que nous avons indiquées à propos du mariage.

1° Une fois que toutes les formalités auront été remplies, l'adoption existera non seulement en fait, mais en droit, alors même que l'une des parties n'aurait pas donné une adhésion réelle à l'acte ;

2° La nullité résultant de l'absence de consentement

(1) JAPIOT, *op. cit.*, pages 259 à 262.

n'opèrera pas de plein droit, il sera toujours nécessaire d'exercer une action en justice. Même si les parties sont d'accord sur l'existence de la nullité, elles devront s'adresser au juge qui, au nom de l'autorité publique, détruira ce que cette autorité avait créé à tort. Le juge aura donc un rôle actif et le jugement qui interviendra sera non pas déclaratif, mais attributif d'état, il rendra avec effet rétroactif à l'adopté l'état qu'il n'aurait pas dû perdre.

La nécessité de l'action en justice étant donc évidente, le principe de l'inexistence doit être écarté.

* * *

Tout ce que nous venons de dire pour l'adoption, nous pourrions le répéter pour la naturalisation (1).

La naturalisation, en effet, a pour but principal de créer un lien moral entre la nation et le naturalisé (2). Egalement elle est un acte de l'autorité publique qui intervient, soit par l'organe du pouvoir exécutif, soit par l'organe du pouvoir législatif. Lorsque le naturalisé a été admis à domicile en France et qu'au bout du délai légal est intervenu un décret du chef de l'Etat qui lui attribue la qualité de Français, ou lorsqu'une loi (loi

(1) JAPIOT, *op. cit.*, note 1 de la page 262.

(2) Toutefois, ici l'élément idéal est moins important que dans le mariage, parce que l'opinion commune attribue moins d'importance à un lien de nationalité qu'à un lien conjugal et que les avantages matériels attachés par la loi à la naturalisation sont plus particulièrement voulus par celui qui les sollicite.

d'annexion par exemple) a conféré la nationalité française à un groupe de personnes, le consentement du naturalisé peut faire défaut, la naturalisation n'en existe pas moins, il ne peut plus être question que de nullité par voie d'action, et point du tout d'inexistence. Par conséquent, encore ici, c'est l'intervention de l'autorité publique, agissant volontairement et par mesure gracieuse, qui est l'élément créateur de l'acte. Il dépend du gouvernement ou du pouvoir législatif de conférer la nationalité aux étrangers, leur volonté est libre et toute puissante (1).

(1) Notre raisonnement s'applique à la Naturalisation proprement dite. Pour ce qui est de la Naturalisation par l'effet de la loi (*Voir la distinction entre les deux naturalisations*, AUBRY et RAU, 5^e édit., tome 1^{er}, page 388 et la note 2), la question de la nullité pour absence de consentement ne se présentera que très rarement et pour certaines hypothèses seulement. Cette naturalisation, en effet, intervient, le plus souvent, sans que la personne qui en bénéficie ait à donner, d'une façon expresse, une adhésion mentale. Parmi les six cas de naturalisation cités par Aubry et Rau (tome 1^{er}, § 73, pp. 404 et s.), dans trois le naturalisé n'a pas à manifester de volonté. Le législateur a présumé que cette volonté serait conforme à sa décision ; en conséquence, le bénéficiaire ne doit intervenir que s'il veut repousser le bienfait que, de plein droit, lui accorde la loi. Encore ne le peut-il pas dans tous les cas : l'étrangère qui épouse un Français ne peut garder sa nationalité d'origine ; la disposition de la loi est impérative. L'on n'a donc pas à s'inquiéter de la volonté de la personne ainsi naturalisée.

Il y a toutefois des cas où la naturalisation par l'effet de la loi n'intervient que si celui qui peut en bénéficier en manifeste

En résumé, l'on doit écarter le principe de l'inexistence au cas d'absence de consentement dans l'adoption et dans la naturalisation, pour les mêmes raisons que lorsqu'il s'agit du mariage : non seulement la conception du

l'intention. Par exemple, pour l'hypothèse de l'art. 9 C. c., la loi laisse à certaines personnes, étrangères de naissance, le droit d'opter pour la nationalité française. Il semble donc bien que, dans ce cas, le consentement auquel est soumise la naturalisation soit l'élément créateur de cette naturalisation ! La puissance publique ne paraît intervenir ici que d'une façon toute passive et pour enregistrer la volonté de celui qui invoque l'art. 9. Telle n'est pas cependant notre opinion. Nous estimons que, depuis la réforme apportée à l'art. 9 par la loi du 22 juillet 1893, le rôle de l'autorité publique n'est pas si différent, dans ce cas, de celui qu'elle remplit dans la naturalisation proprement dite. En effet, celui qui invoque l'art. 9 peut, dans certains cas, se voir refuser le bénéfice de cet article, bien qu'il remplisse toutes les conditions de fond et de forme exigées par la loi. L'administration a un pouvoir discrétionnaire. Elle peut, par un décret rendu sur l'avis conforme du Conseil d'Etat, refuser la naturalisation, et ce pour cause d'indignité. Si, par conséquent, elle renonce à exercer ce droit de veto, par là même elle rend efficace la volonté de l'ayant droit. La Naturalisation semble donc bien être, en un certain sens, l'œuvre de cette autorité publique auxquelles la loi permet de disposer arbitrairement de ce droit. « *La naturalisation par l'effet de la loi, écrivent Aubry et Rau, se confond ainsi, dans une certaine mesure, avec la naturalisation concédée par le gouvernement* » (*op. cit.*, page 412, note 32).

Toutefois ces auteurs semblent être d'avis que la réforme de 1893 n'a pas modifié le caractère fondamental de la naturalisation de l'art 9, qui serait toujours une naturalisation de plein droit n'émanant nullement de l'autorité administrative (*op. cit.*, page 410, note 25 *bis*).

néant juridique ne correspond, dans l'espèce, à aucune réalié, mais encore ces deux actes, étant en dehors du domaine purement contractuel, existent en droit dès que les formalités édictées par la loi pour leur passation ont été accomplies. Aussi, lorsque le consentement de l'une des parties vient à faire défaut, s'il est juste que l'acte soit inefficace, il ne peut, cependant, être question que de nullité et non d'inexistence. Il faut exercer une action en justice pour empêcher que l'acte ne produise des effets. Quant au point de savoir à qui appartiendra ce droit, il est rationnel et juste qu'il ne soit accordé qu'à celui que la nullité a pour but de protéger, c'est-à-dire à la partie qui n'a pas consenti. Notre Code, art. 1109, l'a décidé ainsi pour les vices du consentement, et nous avons suffisamment démontré qu'il n'y a pas de raison pour adopter une solution différente au cas d'absence de ce même consentement (1).

(2^e SECTION). — **Reconnaissance d'enfant naturel.** —
Emancipation

Ecarté en ce qui concerne le mariage, repoussé également pour l'adoption et la naturalisation, le principe de l'inexistence ne doit pas non plus être admis lorsqu'il s'agit d'un acte de reconnaissance d'enfant natu-

(1) L'article 1109, bien que se trouvant au Titre **des contrats et obligations**, n'en a pas moins une portée générale ; tout au moins il contient un principe qui, d'après l'esprit de notre droit actuel, est applicable à tous les actes juridiques.

rel ou d'un acte d'émancipation. C'est ce qui nous reste à démontrer.

Pour y parvenir, il va nous falloir user d'un raisonnement un peu différent de celui dont nous nous sommes servi jusqu'ici. En effet, si nous analysons les formalités auxquelles sont soumises la reconnaissance d'enfant naturel et l'émancipation, nous ne retrouvons plus cet élément que nous avons rencontré dans les trois actes étudiés précédemment : l'intervention active et créatrice de l'autorité publique. L'acte privé du consentement de l'une des parties ne va plus avoir une véritable existence de droit ; l'apparence de validité qu'il pourra présenter n'aura plus la valeur de celle qui résulte du mariage célébré, de l'adoption prononcée ou de la naturalisation accordée.

La loi a soumis la reconnaissance d'enfant naturel et l'émancipation à des règles de forme assez importantes : le premier acte doit être fait « *par acte authentique, article 334 Code civil*, c'est-à-dire soit en présence d'un officier de l'état civil, soit par devant notaire. Quant au second, il n'est valable que s'il a été consenti devant le juge de paix (articles 477, alinéa 2, et 478). Mais, dans aucune de ces formalités, l'on n'aperçoit une intervention active de la puissance publique. Aussi bien que le notaire, l'officier de l'état civil et le juge de paix ne jouent ici qu'un rôle purement passif. Leur présence est exigée pour donner à l'acte une certaine publicité, une authenticité et pour accorder par suite une certaine garantie aux parties ;

mais ils ne font qu'enregistrer les déclarations qui leur sont faites et ce sont ces déclarations, expressions de la volonté des parties, qui, juridiquement, forment l'acte, le créent.

Si donc, en raison de l'accomplissement des formalités auxquelles la loi l'a soumis l'acte présente, malgré l'absence de consentement des parties, une certaine apparence de validité, il ne pourra jamais être question que d'une apparence de pur fait.

Maintenant, quelle va être la valeur de cette apparence au point de vue qui nous occupe ? Suffira-t-elle à faire repousser l'application du principe de l'inexistence ? Nous soutenons l'affirmative. Nous prétendons que, telle qu'elle est, cette apparence de validité empêche la nullité résultant de l'absence de consentement d'exister de plein droit. Elle rend nécessaire l'exercice d'une action en justice, action qui, d'ailleurs, n'est nullement différente de l'action dite en nullité. Et, en formulant une telle règle, nous ne faisons que reprendre une théorie exposée et défendue, comme cela a déjà été indiqué, dans la Première Partie (1), par certains adversaires de la théorie classique des nullités.

Contrairement à la doctrine classique qui ne voit dans les faits de l'acte nul se présentant sous l'aspect d'un acte valable aucun empêchement à ce que la nullité existe de plein droit, ces auteurs soutiennent qu'il est

(1) Voir *Supra*, pages 164 et s.

impossible d'écarter aussi facilement cet obstacle, expliquant que, pour avoir une solution juste, conforme à la réalité des faits et respectueuse des différents intérêts en présence, il doit être tenu compte de cette apparence de validité dans toute recherche de la nature ou des effets d'une nullité.

Ce sont ces idées, déjà indiquées, que nous reprenons et justifions en les appliquant aux actes qui nous occupent.

Si l'on recherche sous quel aspect se présente dans la réalité la reconnaissance d'enfant naturel ou l'émancipation, privées, l'une et l'autre, du consentement de leur auteur, l'on constate que ces deux actes possèdent, malgré la nullité qui les frappe, un caractère certain de validité derrière lequel disparaît précisément cette nullité.

En effet, ils sont l'un et l'autre soumis par la loi à certaines solennités. Il s'ensuit que, par le seul fait de leur passation, ils acquièrent une apparence de validité sérieuse. Si l'auteur de l'acte a, au cas de reconnaissance d'enfant naturel, comparu par devant notaire ou s'il s'est présenté à l'officier de l'état civil ; si, au cas d'émancipation, il est venu devant le juge de paix, il n'est pas douteux que l'acte apparaîtra au premier abord comme ayant été passé régulièrement et, par conséquent, comme susceptible de produire tous ses effets.

Et, en l'espèce, cette apparence résultant de la passation de l'acte aura d'autant plus de valeur que les deux

actes que nous étudions en ce moment tendent, comme le mariage, vers un but d'ordre moral ou abstrait : la création d'un lien de filiation ou l'attribution d'une capacité déterminée ; et que, par suite, ils voient leur principal effet se réaliser par le seul fait de leur passation.

En outre, il se peut que plus tard l'acte nul soit exécuté en partie, cela n'est pas impossible. Par exemple, une personne qui n'aura pas donné un consentement sérieux à la reconnaissance de son enfant naturel, pourra néanmoins remplir vis-à-vis de ce dernier toutes les obligations qui découlent de la paternité ! Si des faits d'exécution ont ainsi lieu, la nullité de l'acte deviendra plus douteuse et sa validité sera, au contraire, en apparence encore plus certaine.

Par conséquent, du fait que l'acte aura été passé dans les conditions de forme déterminées par la loi et aura peut-être reçu un commencement d'exécution, il en résultera forcément une apparence de validité qui aura les bases les plus sérieuses.

Or, c'est précisément cette apparence de validité, seulement de pur fait, c'est entendu, qui va obliger le titulaire de la nullité à exercer une action en justice, lorsqu'il va vouloir bénéficier des effets de cette nullité.

En effet, il est facile d'apercevoir ce qui va se passer si l'ayant-droit veut se prévaloir du vice dont l'acte est atteint. Il se heurtera à un ensemble de faits contraires à l'état de droit. Il lui faudra donc écarter cet obstacle et il ne le pourra qu'en exerçant une action en justice.

En premier lieu, l'exercice d'une action se comprend dans le cas où le titulaire de la nullité se voit opposer la validité apparente de l'acte. En vertu du principe que *nul ne peut se faire justice à soi-même*, il lui est impossible de passer outre. Il s'adressera donc à la justice ; il montrera que cette existence apparente qu'on lui oppose n'est pas conforme à l'état de droit et, une fois cette preuve faite, il obtiendra de ses juges qu'ils fassent respecter son droit.

Mais ce n'est pas la seule hypothèse où l'auteur de la reconnaissance ou de l'émancipation aura un intérêt à exercer une action en justice pour établir l'existence de la nullité.

Nous venons de voir que, lorsque la validité apparente de l'acte lui sera opposée, le titulaire de la nullité devra s'adresser à la justice et aura à prouver l'existence non contestable de la nullité. Cette preuve peut lui être lourde. Il a surtout intérêt à la faire pendant qu'il en possède les moyens. De suite après la passation de l'acte, cela lui sera généralement facile. Il pourra montrer, par exemple, que les paroles qu'il a prononcées ne correspondaient à aucune adhésion mentale ; mais s'il tarde trop longtemps, il est à craindre que la preuve lui devienne difficile, même impossible à rapporter. Il a donc tout intérêt à ne pas attendre qu'on lui conteste l'existence de la nullité pour établir le bien fondé du droit qui lui appartient ; c'est pourquoi il s'adressera de suite et avant toute contestation à la justice

L'action se comprend encore lorsque l'auteur de l'acte,

n'étant pas certain d'avoir donné un consentement valable, veut savoir à quoi s'en tenir sur le sort de l'acte qu'il a fait. Un acte comme la reconnaissance d'enfant naturel ou l'émancipation vaut surtout par la croyance que l'on a en son existence. Il apparaît valable, mais l'est-il véritablement ? Son auteur veut le savoir pour se conduire en conséquence. Une fois qu'il sera certain de son existence, il remplira scrupuleusement les obligations qui en découlent. Encore ici l'intérêt de l'action en justice se révèle : le juge dira s'il y a ou s'il n'y a pas nullité.

Enfin, il se peut que l'on veuille empêcher l'acte nul de produire provisoirement des effets. Pour comprendre l'hypothèse, il faut supposer qu'un tiers, un officier de l'état civil, par exemple, a à prendre parti sur l'existence de l'acte nul qui en apparence semble valable. En vertu du principe que : *Provision est due au titre*, le tiers considérera l'acte comme existant et sa conduite sera en conformité avec cet acte. Pour le faire consentir à agir dans le sens de la nullité, il faudra donc faire apparaître le vice dont l'acte est atteint. Quelques exemples éclairciront notre explication : supposons un individu qui a reconnu un enfant au moment où il était dans l'impossibilité de manifester un consentement sérieux ; il s'est ensuite marié avec la mère de cet enfant. Plus tard, il veut faire une adoption, l'adoption n'est possible que de la part de personnes qui n'ont pas d'enfants ou de descendants légitimes. L'enfant reconnu, sa reconnaissance paraissant valable, se présente, après le mariage de sa mère, comme un enfant légitime de l'adoptant. Le juge accordant

provision à la reconnaissance se refusera donc à prononcer l'adoption, et celui qui veut adopter sera obligé, pour réussir, de faire apparaître la nullité et de détruire la présomption attachée à la reconnaissance.

L'on peut également supposer qu'en vertu de la reconnaissance, en apparence valable, un officier de l'état civil inscrive sur les actes de l'état civil, au cas de mariage par exemple, l'enfant naturel sous le nom de l'auteur de la reconnaissance. Il fait provision au titre. Si l'individu présumé père naturel veut faire cesser cet état de chose, il sera obligé de s'adresser à la justice. Enfin, dernier exemple concernant l'Emancipation. Une personne en état de démence émancipe son enfant. Plus tard, il recouvre la raison et, sachant l'acte d'émancipation nul, agit en conséquence ; voulant donner à bail un immeuble de son enfant, il se présente devant un notaire à l'effet de passer cet acte ; le notaire se refusera certainement à prêter son ministère. Il faudra que le père détruise par une action en justice la présomption de validité attachée à l'émancipation nulle.

En un mot, l'action en justice est nécessaire, même en dehors de toute contestation, toutes les fois que l'ayant-droit à la nullité a un intérêt quelconque à faire apparaître le vice qui rend nulle l'émancipation ou la reconnaissance d'enfant naturel (1).

(1) Consulter sur tous ces points JAPIOT, *op. cit.*, 3^e Partie. Titre 1^{er} les Modes d'exercice du droit de critique ; principalement le chapitre II.

Ceci établi, il nous reste, pour avoir achevé la démonstration que nous avons entreprise, à prouver que l'action qui sera ainsi exercée aura tous les caractères de l'action en nullité.

Et, tout d'abord, il n'est pas douteux que l'action exercée le sera contre l'acte lui-même et non contre le titre qui peut en constater faussement l'existence et la validité. La doctrine classique n'admet pas, nous le savons, l'action en justice au cas d'absence de consentement ; elle reconnaît cependant la nécessité de cette action dans un cas : lorsqu'un acte en apparence régulier constate l'existence de l'acte qui en réalité est nul. Elle admet qu'en vertu du principe « *Foi est due au titre* », la nullité ne peut produire ses effets tant que la présomption de validité attachée au titre n'a pas été détruite ; mais elle soutient, ceci a déjà été indiqué, que l'action n'est pas dirigée contre l'acte juridique lui-même, mais, ce qui est bien différent, contre l'écrit qui le constate ; et pour elle l'acte juridique tombe de lui-même une fois démontrée l'inexactitude des mentions contenues dans le titre.

Nous avons déjà répondu à la doctrine classique. Ce qui, à nos yeux, constitue l'apparence de validité sous laquelle se présente l'acte nul, ce qui rend nécessaire l'action en justice, ce que, en un mot, le titulaire de la nullité doit écarter, c'est surtout et avant tout non pas cet acte, *instrumentum*, constatant l'existence de l'acte juridique lui-même, mais le fait matériel de la passation de cet acte, en l'espèce la comparution de l'auteur de

l'acte soit devant le juge de paix, soit devant un officier de l'état civil ou un notaire. Nous sommes les premiers à reconnaître que si, derrière le titre constatant l'existence de la reconnaissance ou l'émancipation, il n'y a rien, l'action n'aura pour but que de montrer la fausseté de ce titre. Mais s'il y a autre chose que ce simple écrit, s'il y a un fait matériel, minimum de base pour que l'apparence de validité entraîne l'exercice d'une action en nullité, si l'auteur de l'acte, par exemple, s'est présenté devant l'officier de l'état civil, s'il a prononcé des paroles suffisamment nettes et précises qui ont fait présumer à cet officier de l'état civil qu'il avait l'intention ferme et raisonnée de reconnaître un enfant naturel, — l'hypothèse que nous faisons est la seule pratique, — il n'est pas douteux que l'action qui sera exercée ne le sera pas seulement contre le titre constatant l'acte juridique ; elle aura une portée plus large, plus étendue ; elle atteindra l'acte juridique lui-même ; elle sera exercée en vue de faire apparaître le vice qui empêche les faits de passation de produire des effets juridiques.

En second lieu, dans cette action dirigée contre l'acte nul, le rôle du juge sera celui qui lui est attribué dans toute action en nullité.

Encore ici la doctrine classique raisonne différemment, Pour elle, le rôle varie suivant qu'il s'agit d'une inexistance ou d'une annulabilité. Dans le premier cas le juge constate ; son attitude est toute passive. Dans le second, au contraire, il agit activement, il prononce la nullité et

met fin à l'inexistence provisoire de l'acte. Et, comme cette doctrine considère que l'absence de consentement est une cause d'inexistence, elle déclare que le juge qui aura à en connaître se bornera à la déclarer.

Cette distinction faite par la doctrine, relativement à la mission que doit remplir le juge suivant qu'il est question d'inexistence ou de nullité relative, est inexacte, nous l'avons montré, elle n'est qu'une survivance historique injustifiée. Elle existait à Rome et dans l'ancien droit. Mais aujourd'hui l'unité de législation empêche qu'il y ait des actes nuls qui soient doués juridiquement d'une vie provisoire. En droit, quelle que soit la nullité dont il est saisi, le juge a toujours, sauf cependant en matière de nullité d'intérêt social, une attitude passive, il doit se borner à accepter ou à repousser les conclusions respectives des parties, le jugement d'annulation n'a pas une nature différente de celle essentiellement déclarative des autres jugements.

L'on doit ajouter toutefois que, si tel est le principe en droit, pratiquement le juge, toutes les fois que la nullité n'est pas apparente, ne doit pas seulement accepter ou repousser les prétentions des parties ; il lui faut se livrer à un travail personnel de recherches. Il reçoit les indices fournis et en apprécie la valeur, il tâche de découvrir ce qu'il y a d'exact dans tel fait invoqué et quel peut en être le sens. Il doit enfin chercher si la règle de droit invoquée s'applique à l'espèce qui lui est soumise. Par conséquent, l'évidence qui ressort du jugement qu'il pro-

nonce est son œuvre propre. En ceci il joue un rôle actif. Mais il ne faut pas croire que, comme le prétend la doctrine classique, il en est autrement lorsque la cause de la nullité est l'absence de consentement. On aurait tort de penser que, dans ce cas, le juge se borne à constater ce qui est évident. Car la nullité résultant du défaut de volonté n'est pas plus apparente que toute autre, et souvent même il n'en est pas de plus difficile à discerner. Pour découvrir la démente de l'auteur de l'acte par exemple, le juge devra se soumettre à un travail de recherche plus long, plus habile que lorsqu'il aura à décider si le consentement a été obtenu par la violence ou est le résultat de l'erreur. Enfin, dans le choix de la solution, son arbitraire sera plus grand (1).

Toutes ces constatations prouvent suffisamment que l'action qui doit être exercée par celui qui veut se prévaloir du défaut de volonté dans l'acte d'émancipation ou de reconnaissance d'enfant naturel est une action en nullité.

Ainsi, nous arrivons à ce résultat : si l'on observe sous quel aspect se présente l'émancipation et la reconnaissance d'enfant naturel privées du consentement de leur auteur, l'on s'aperçoit que, contrairement à ce qui avait été annoncé, l'acte apparaît comme un acte existant. Il n'est pas si informé que sa nullité ne fasse de doute pour

(1) JAPIOT, *op. cit.*, 1^{re} Partie, chapitre V, *Le rôle du Juge*, pages 333 et s.

personne. Au lieu de ce néant juridique, cher à certains auteurs, l'on aperçoit une reconnaissance ou une émancipation qui, extérieurement, revêt toutes les formes d'un acte valable, et cette apparence de validité a des bases si sérieuses qu'elle rend la nullité douteuse et oblige celui qui veut s'en prévaloir à exercer une action en justice.

La conclusion à laquelle nous aboutissons pour l'émancipation et la reconnaissance d'enfant naturel est donc celle-ci : L'acte étant en apparence valable, il ne peut plus être question que de nullité par voie d'action et pas du tout de nullité de plein droit ; le défaut de volonté dans l'un et l'autre acte ne peut entraîner que la nullité relative.



CONCLUSION

L'étude que nous avons entreprise est achevée. La conclusion à en tirer peut, croyons-nous, se résumer de la façon suivante.

Des deux nullités, inexistence, nullité relative, celle qui doit servir de sanction à l'absence de consentement ne peut être que la deuxième, tout au moins en ce qui concerne les actes juridiques relatifs à l'état des personnes. La raison et l'équité imposent cette solution et aucun texte du Code civil n'en empêche l'admission. La doctrine classique, il est vrai, en a toujours décidé autrement : après avoir appliqué l'inexistence au défaut de volonté des époux dans le mariage, elle l'a étendue indistinctement à tous les actes juridiques. Elle a fait ainsi de l'absence de consentement un cas certain d'inexistence rationnelle, consacrée au surplus, dit-elle, par le Code civil.

Mais, si cette doctrine est arrivée à une telle conviction, c'est que, partie d'une conception abstraite et *a priori*, elle s'est trop isolée dans le domaine de l'abstraction et n'a pas tenu compte du côté pratique de la question.

Ses auteurs ont d'abord admis qu'un acte juridique ne pouvait se former, prendre un aspect quelconque, même

le plus incertain, si l'élément volonté, qui est un élément essentiel à la formation de tout acte, faisait défaut. Procédant ensuite par déduction, ils sont arrivés à une solution qui ne correspond pas à la réalité. C'est en vain, d'ailleurs, qu'ils invoqueraient à l'appui de leur théorie certains textes du Code civil, les articles 146 et 1108, car ces dispositions n'ont pas le sens qu'ils leur attribuent, pour l'article 146, l'historique de sa rédaction le prouve ; quant à l'article 1108, sa place, ses termes déjà montrent suffisamment que le législateur n'y a pas édicté l'inexistence. Aussi, lorsqu'après avoir rétabli le véritable sens et précisé la portée exacte de ces deux articles, l'on abandonne la méthode de la doctrine classique pour baser ses recherches sur une large observation des faits et s'efforcer de faire concilier les principes de la loi positive avec l'équité, l'on aboutit à un résultat diamétralement opposé.

La raison d'être de la nullité, son but, l'aspect sous lequel se présente l'acte juridique privé du consentement d'une des parties ou de leur auteur, écartent l'inexistence comme sanction du défaut de volonté et justifient le choix de la nullité relative.

En effet, la nullité pour défaut de volonté n'intéressant pas directement l'ordre public doit, avant tout, protéger la personne qui n'a pas consenti. Or, seule la nullité relative permet d'atteindre ce but. Plus souple, plus nuancée que l'inexistence, elle fournit au titulaire du droit le moyen d'écarter les effets de l'acte auquel il n'a

pas consenti, tout en le laissant libre de le faire s'il le juge utile à ses intérêts. Telle est au surplus la nullité que le législateur a admis pour les cas de vices du consentement dont les effets sont identiques à ceux produits par le défaut de volonté.

En outre, les actes juridiques relatifs à l'état des personnes se présentent, au cas d'absence de consentement de l'une des parties ou de leur auteur, sous une apparence de validité qui résulte de l'accomplissement des formalités dont les entoure la loi.

Cette apparence de validité n'a pas toujours la même valeur : pour certains actes (mariage, adoption, naturalisation), elle répond à une véritable existence de droit. L'autorité publique est intervenue activement à la passation de l'acte. Elle lui a donné, bien que le consentement soit absent, une existence juridique ; il est donc nécessaire, pour que l'acte ne produise pas d'effet, que la puissance publique intervienne à nouveau, par l'organe du pouvoir judiciaire, pour défaire ce qu'à tort elle a formé.

Pour les autres actes (Reconnaissance d'enfant naturel, Emancipation), cette apparence de validité n'est qu'une apparence de pur fait ; mais, telle qu'elle se présente, elle est suffisante pour rendre l'action en justice nécessaire, dans un très grand nombre de cas, et pour écarter par conséquent le principe de l'inexistence.

Cette solution à laquelle nous aboutissons, nous ne l'avons justifiée qu'au regard des actes relatifs à l'état

des personnes ; il serait peut-être facile de l'appliquer à tous les actes juridiques, indistinctement.

Nous avons admis pour les deux derniers actes étudiés (Reconnaissance d'enfant naturel, Emancipation), que la simple apparence de validité de pur fait, résultant de la passation d'un de ces actes, était suffisante à rendre obligatoire l'exercice d'une action en nullité ; ce principe, il nous semble, fournirait le moyen d'étendre notre solution et de lui donner une portée générale. Un acte juridique quelconque, même dénué de tout formalisme, peut, à raison de certains faits extérieurs de passation, revêtir une apparence de validité !

Toutefois ce premier principe ne suffirait pas. Il faudrait, croyons-nous, reprendre et développer une idée que nous n'avons fait qu'indiquer et qui consiste à considérer plutôt comme un cas d'incapacité que comme une hypothèse d'absence de consentement le fait pour une personne de ne pouvoir donner une adhésion mentale véritable à l'acte auquel elle intervient.

Il serait également indispensable de préciser quelle est, dans notre droit actuel, la valeur de la volonté déclarée. La question ainsi compliquée se présenterait dans des conditions différentes. C'est cette raison qui nous a fait limiter nos recherches aux actes relatifs à l'état des personnes.

Donc, en restant dans la sphère de notre action, c'est-à-dire en nous en tenant aux actes étudiés, nous considé-

rons que la sanction de l'absence de consentement doit être la nullité relative.

Tel est le principe où notre étude nous a conduit.

Vu par le Président de la Thèse,
R. PIÉDELIÈVRE.

Vu et permis d'imprimer,
LE VICE-RECTEUR DE L'ACADÉMIE DE PARIS
P^r le Vice-Recteur, l'Inspecteur d'Académie

Vu : le Doyen,
P. CAUWÈS.



TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE (<i>historique de la théorie classique des nullités</i>).....	7
INTRODUCTION.....	33

PREMIÈRE PARTIE

Chapitre I^{er}	37
1 ^o <i>Rôle du consentement dans le mariage</i>	37
2 ^o <i>Effets de l'absence du consentement</i>	40
A. <i>La théorie classique</i>	40
B. <i>Les décisions de la jurisprudence</i>	65
 Chapitre II	 126
§ 1 ^{er} A. <i>Méthode de recherches</i>	126
B. <i>Conditions dans lesquelles se présente la ques- tion de l'absence de consentement des époux dans le mariage</i>	 132
C. <i>L'article 146, réfutation de l'interprétation qu'en donne la doctrine classique</i>	 136

§ 2	<i>Etude des conséquences produites par l'absence de consentement des époux dans le mariage. Inapplicabilité du principe de l'inexistence.</i>	156
§ 3	<i>Justification du choix de la nullité relative comme sanction à l'absence de consentement dans le mariage.</i>	185
§ 4	A. <i>L'article 180, l'interprétation qui doit en être faite</i>	211
	B. <i>Les intérêts dits sacrifiés par la nullité relative.</i>	216
	C. <i>Réformes utiles à apporter dans les textes du Code civil</i>	222
	Conclusion	227

DEUXIÈME PARTIE

L'absence de consentement dans les actes juridiques relatifs à l'état des personnes

(*Essai d'application de la nullité relative admise
comme sanction à l'absence de consentement dans
le mariage*).

Chapitre I ^{er}	231
<i>Raisons qui peuvent justifier cet essai.</i>	231
Chapitre II.	234
<i>La nullité relative.</i>	234
(<i>De quelle façon se justifie son choix comme sanction au défaut de volonté des parties dans tout acte juridique relatif à l'état des personnes</i>).	234

Chapitre III	242
<i>L'inexistence</i>	242
§ 1 ^{er} . <i>Recherche d'un texte qui, dans notre Code, consacre le principe. — Résultat négatif</i>	242
§ 2. <i>Impossibilité de faire concorder le principe avec la réalité des faits</i>	247
<i>Section 1. — Adoption. — Naturalisation</i>	249
<i>Section 2. — Reconnaissance d'enfants naturels, émancipation</i>	256
Conclusion	269



